الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جـــــــامعة الجزائر
كليـــــة القانون
بن عكنون

تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي

رســـــالة دكتوراه دولة في القانون

إعداد: الطالب حسن علي كاظم

إشراف: أ.د بن ملحة الغوثي

السنة 2004 ـ 2005

شكــر وتقدير

الحمد لله الذي أحصى كل شيءٍ كتاباً ، وأذن لمن يشاء بالقول صواباً ، وألهمنا بما فهمنا من العلم جواباً ، ووفاءاً لمن علمنا وهدانا ، وتذكيراً لمن يرد الحيف لفاقده ، وعوناً لمن يخذل الباطل ويمحقه ، وتيسيراً لمن يرسي الحق بموضعه ، وبياناً لمن يطبق القانون بروح من العدل والإنصاف .

لايسعني والرحلة قد شارفت على الإنتهاء ، إلاّ أن أقف وقفة إجلالٍ واحترام لكل من ساهموا في اظهار البحث بالشكل الذي عليه الآن ، لاسيما أساتذتي الكرام في جامعة بغداد وجامعة الجزائر . ولابد لي أن أبدأ بالأستاذ الكبير بن ملحة الغوثي والأستاذة الفاضلة نصيرة سعدي ، فقد كانت لي الأستاذة الحريصة والقائدة الشجاعة التي تصوب لي أخطائي ، وترسم لي طريقي ، ولم تبخل عليّ بوقت أو جهد ، فلها مني جزيل شكري وعظيم امتناني .

الباحث

الإهداء

أهدي هذا الجهد المتواضع ...

W الى من أذكرهم عندما أنسى الجميع ، الى من ربياني على الحق وعلماني على حب العدالة . . .

والديَّ .

W الى من تحملت الكثير من الأعباء ، فأخلصت وتفانت لإنجاز مهمتي العلمية ، رفيقة الدرب . . .

زوجتي .

W الى من حرموا من الإستمتاع بفسحة من عمرهم كانت عزيزة عليهم . . أولادي .

الباحث

المـــــــــقدمة

المقـ ـ ـدمة

إن موضوع التكنولوجيا بصفة عامة هو موضوع الساعة دون جدال ، فهو موضوع يهم جميع دول العالم بصفة عامة والدول النامية بصفة خاصة .

ولعل أهم الأسباب التي فرضت أهمية موضوع التكنولوجيا من الجانب القانوني نقلها من الدول المتقدمة الى الدول النامية ، الفجوة العميقة الحالية في التقدم الاقتصادي والصناعي والفني بين الدول المتقدمة من جانب والدول النامية من جانب آخر ، ولا شك أن الرغبة في تحقيق نظام اقتصادي عالمي جديد من خلال ظاهرة العولمة يعتمد بصفة أساسية على التدويل بوسائل المساعدات الفنية التي تملكها الدول المتقدمة والتي تسيطر على تصديرها فعلا بواسطة شركاتها العملاقة ذات الجنسيات المتعددة .

وليس هناك من شك أن عقد الترخيص الدولي أصبح في الواقع المعاصر من أهم العقود التجارية وأخطرها في هذا المجال ، وذلك نظرا لأحكامه الخاصة التي تجعل منه استثناءاً من حيث الخضوع للقواعد العامة ، إذ العقد الذي يرد على براءات الإختراع والمعرفة الفنية (**savoir - faire**) وعلى عناصر الملكية الصناعية كافة . وقد ينشيء عند قيامه ولإعتبارات عملية تحكم النشاط التجاري ، مراكز ذات طبيعة خاصة . وأصبح حسب اعتقاد البعض الوسيلة الإعتيادية التي يتم من خلالها نقل التكنولوجيا على المستوى الدولي . وبذلك فإن تقنية براءات الإختراع تزداد أهمية بزيادة عددها واعتماد المؤسسات على استغلالها واستثمارها في الإنتاج والتطوير .

وغالبا ما يتضمن هذا العقد وعقود نقل التكنولوجيا عموما شروطا تعسفية تسمى بالشروط المقيدة (**Restrictive Practices**) ، وهي ما يمليه الطرف الأقوى والذي هو دائما المورد (المرخص) المالك والمسيطر على التكنولوجيا من شروط تعسفية ويضطر الطرف المتلقي الى قبولها دون مناقشة كطرف متعاقد نتيجة حاجته الماسة للتكنولوجيا محل التعاقد ولعدم توفرها في سوقه المحلي[1].

لقد عرفنا الشرط المقيد وقلنا بأنه (قيد إرادي يرد على الحقوق الناشئة عن العقد) .

ـ بحثنا بعنوان الشروط المقيدة في عقد الترخيص (دراسة قانونية) رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الجزائر ، الجزائر ، 2000 ، ص 71 .

ويطلق على هذا النوع من العقود التي يكون محلها تكنولوجيا ، من أهم عقود التجارة الدولية والتي تعتبر المحرك الأساس للنمو ، خاصة وأنها تساهم بشكل كبير في زيادة النشاط الإقتصادي لدول العالم[1] ، كما وأن النموالإقتصادي الذي يحدث في دولة ما يمكن أن يؤثر على نمط السلع والخدمات التي تتدخل فيها التجارة الدولية[2] .

واذا كان نمو اقتصاد الدولة يعتمد على زيادة التجارة الدولية ، فإن الأمر يتطلب إزالة العوائق التي تواجهها لضمان استمرار هذه العقود وضمان تنفيذها ، إذ إن فعالية النظام القانوني الذي ينظم عقود التجارة الدولية ، لاشك أن له أثرا في زيادة حجمها واتساع
نطاقها . لذا نجد أن قرار المستثمر بالإقدام أو الإحجام عن التعاقد والإستثمار في بلد ما لا يتوقف على تقدير الأوضاع السياسية والإقتصادية السائدة في ذلك البلد فحسب ، وإنما يتأثر أيضا بمدى فاعلية القواعد القانونية السائدة فيه ، بحسبان أن تلك القواعد غالبا ما تحدد ضمان حقوق والتزامات الأطراف المتقاعدة[3] .

ومن هنا تعد مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية من أهم المسائل القانونية التي تثيرها دراسة هذا النوع من العقود ، بوصف أن تحديد قانون معين لتنظيم وحكم العقد ليس مجرد تفضيل قانون على آخر يتم على نحو نظري دون أن يأخذ بالحسبان النتائج المترتبة على هذا التحديد فالدراسة العملية تكشف , أن القانون الواجب التطبيق يرتب آثارا في غاية الأهمية على مجمل العملية العقدية إذ يتوقف على ذلك تنفيذ العقد أو عدم تنفيذه وتقويم الإلتزامات المتقابلة في العقد ومدى امكانية تعديل شروط العقد وتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، وتحديد القواعد الواجبة التطبيق

إذ شهدت التجارة الدولية نموا مضطردا سواءا على مستوى الأشخاص الطبيعية أو الإختيارية ووفقا لتقرير منظمة التجارة الدولية حول التجارة والإستثمارات الأجنبية المباشرة ، الذي نشر بتاريخ 19 أوكتوبر 1996 ، تم تقديره بمبلغ يصل الى 315 مليار دولار امريكي .

ـ د . سيد أحمد محمود ـ الية تسوية منازعات الإستثمارات الناجمة عن تطبيق اتفاقية الجات ومنظمة التجارة العالمية ، الإيمان للطباعة ، القاهرة ، 1998 ، ص104 .

في تفصيل ذلك ، د . عطا ا ابو سيف أبا دير ـ التجارة الدولية والتنمية الإقتصادية (المشاكل والحلول) . مكتبة عين شمس ، القاهرة ، 1997 ، ص5 وما بعدها .

د . مصطفى ياسين الأصبحي ـ حق الأجانب في التملك وفق القانون الدولي الخاص اليمني والمصري (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، 1999 ص3 .

بصدد التعويض المستحق للطرف المتضرر وهل يتعلق الأمر بالتعويض عن الخسائر الفعلية التي لحقت به أم أن الأمر يتجاوز ذلك الى تعويض ما فاته من كسب ، ومدى امكانية تطبيق نظرية الغش نحو القانون والدفع بالنظام العام . لذا تبقى مسألة تسوية المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية عموما , من أهم موضوعات البحث التي أثارت وتثير جدلا وخلافا في نطاق الدراسات الفقهية والقضائية والتشريعية المتعلقة بها ، نظرا للتطوير والتنوع الكبيرين اللذين أصابا أنماط هذه العقود , واللذين أديا الىكشف حقيقة مدى عجز التشريعات الوطنية عن مجارات هذا التطور بوضع قواعد ونصوص تعالجها ، فضلا عن تطور وسائل الإتصالات ووسائل النقل اللذين أديا الى تطور التبادل التجاري الدولي وازدهار الحياة الإقتصادية , فزادت أهمية المدن التجارية والصناعية والمناطق الحرة وتعددت المعارض التجارية الدولية التي يتهافت عليها التجار من جميع أنحاء العالم بغية ابرام العديد من

العقود ، علاوة على ذلك تكمن أهمية هذه الدراسة فيما تثيره من مشاكل فنية وقانونية بالغة الدقة والتعقيد , وعدم التوازن القانوني والإقتصادي لأطرافها ، وتعد المناهج التقليدية والحديثة التي حاولت معالجتها.

وليس بعيدا عن الفطنة صعوبة البحث في مسائل التنازع بين القوانين ، بالنظر إلى غموض عدد من المفاهيم القانونية المتصلة به ، وصعوبة ودقة العديد منها ، وإذا هذا هو حال تنازع القوانين بصورة عامة ، فما بال البحث في تنازع القوانين في مجال عقود التجارة الدولية ، الذي يعد من أدق موضوعات القانون الدولي الخاص ، إن لم يكن أدقها على الأطلاق وأكثرها مشقة على الباحث ، حيث يكشف ذلك تعدد المناهج وتضارب الحلول وعدم استقرارها ، فعقود التجارة الدولية تثير صعوبات قانونية ليس لها حل واحد مستقر في التشريعات الوطنية ، وفي مقدمة هذه الصعوبات تحديد القانون الواجب التطبيق . إذ نجد إن القضاء الوطني عند إجرائه هذا التحديد يلتزم في قواعد الأسناد في قانونه.

هذه القواعد تؤدي إلى تطبيق قانون وطني قد يكون غريباً عن أحد الخصمين إن لم يكن غريباً عليهما معاً . وقد يكون صالحاً للعقود الوطنية ، ولكنه لا يتناسب مع عقود التجارة الدولية ، زيادة على ذلك فأن التشريعات الوطنية تباينت فيما بينها يتعذر معه على أطراف العقد الأطمئنان على مصير حقوقهم المتعلقة بالعقد ، كما أدى التطور العلمي والتكنولوجي إلى إتساع نطاق عقود التجارة الدولية , وظهور أنماط من العقود المستحدثة بالغة التعقيد ،

سريعة التطور ، معظمها يمتد تنفيذها خلال فترة طويلة من الزمن ، تقوم خلالها علاقات متبادلة بين أطراف متعددة . لذا تأتي المنازعات المتعلقة بهذه العقود في غاية الصعوبة من الناحيتين القانونية والفنية ، وتواجه مسائل بالغة الدقة ، وقد تكون محكومة بمباديء وأعراف وعادات التجارة الدولية .

وعلى الرغم من إن موضوع هذ الدراسة قد حظي بأهتمام كبير في الفقه الغربي ، إلا إن هذا الموضوع لم يحظ بنفس القدر من الأهتمام في الفقه العربي ، وإن ظهرت مؤخراً بعض المؤلفات العربية التي تناولته بالدراسة ، إلا إن الحاجة تبقى ملحة لمتابعة التطورات التي طرأت على هذه العقود ، سواء من حيث أنماطها المختلفة أو من حيث المناهج التي أعتمدها الفقه والقضاء والتحكيم بشأنها . فالتطورات المتلاحقة التي تصاحب هذه العقود ، تجعل من الصعوبة بمكان من أن تستوعب أي دراسة تمت في إطار زمني الأحاطة بكل مستجد يطرأ على هذه العقود ، لذا فأن الدراسات الخاصة بهذه العقود مهما بلغ عددها وعمقها تظل غير قادرة على الألمام بهذا الموضوع المتغير بشكل مستمر .

ومما يزيد من صعوبة هذه الدراسة ان كثير من منازعات عقود التجارة الدولية , يتم حسمها عن طريق التحكيم التجاري الدولي بسرية كاملة ، الامر الذي يجعل مهمة الباحث صعبة في معرفة الاسباب التي تتأسس عليها قرارات التحكيم .

علاوة على ذلك , فان دراسة هذا الموضوع تدعونا بلا شك , للبحث والتنقيب عن الأحكام التي لها صلة لاسيما القانون الدولي الخاص والقانون المدني وقانون المرافعات والتحكيم والقوانين المتعلقة ببراءات الاختراع والملكية الصناعية عموما وغيرها من فروع القانون . ومن ثم الوقوف على كل فرع من هذه الفروع على الأحكام المتعلقة بموضوع الدراسة يلقي على كاهل الباحث عبئا ليس بالهين , اذ ان صعوبة هذه الدراسة واتساعها وتشعب نطاقها يتطلب من الباحث جهدا لا يستهان به في عرض وتحليل كل ما يتصل به من احكام .

هذا من جانب ومن جانب آخر تكمن اهمية البحث في موضوع تسوية المنازعات في اطار عقود التجارة الدولية عن طريق التحكيم , لما تعرفه الجزائر من انفتاحا اقتصاديا وتشجيع للاستثمار الاجنبي , كذلك العراق خاصة وهو يشهد متغيرات كثيرة قلبت كل الموازين وعلى جميع الاصعدة وما رافقها من دمار , فكان لابد من البدء بعملية اعمار شاملة سواء في المجال الاقتصادي او الاجتماعي او السياسي ، والذي يتوجب اجراء

الاصلاحات القانونية او اصدار التشريعات التي تتلائم مع الوضع الجديد للعراق , لاسيما كيفية التعامل مع الشركات التي سوف تدخل للاستثمار فيه . كل ذلك سوف يولد كثافة في المبادلات التجارية الدولية , الامر الذي يجعل المتعاملين الاقتصاديين الخواص منهم على وجه التحديد يبرمون شتى انواع العقود الدولية , التي كانت حتى وقت قريب حكرا على الدولة او مؤسساتها العامة . فالمعرفة الجيدة بفن التجارة وخفاياها لاتكفي لجني الارباح من الصفقات المبرمة ما لم يحسن المتعامل الاقتصادي التفاوض وكيفية صياغة العقود والفهم الجيد للاشتراطات التي تتضمنها قبل التوقيع ، ذلك ما دفعنا للبحث في هذا الموضوع .

وفي ضوء ما تقدم تقتصر هذه الدراسة , بصفة عامة على تسوية المنازعات عن طريق التحكيم وما يتضمنه من بحث بعض موضوعات النظرية العامة لتنازع القوانين في اطار عقود التجارة الدولية , لعلها تسهم في القاء بصيص ضوء في هذا المجال لتكون امتدادا لما بدأه غيري , أو بداية جادة سيكملها او يضيف اليها المهتمون بهذا الامر مستقبلا وقد تم تناول هذه الدراسة من خلال خطة اشتملت على تمهيد وثلاث ابوب وخاتمة .

خطة البحث

ستكون دراستنا مقسمة الى ثلاث ابواب يسبقها تمهيد على النحو التالي :

تمهيد / مفهوم عقود التجارة الدولية .

الباب الاول / تكوين عقد الترخيص الدولي .

الفصل الاول / المرحلة السابقة على التعاقد .

الفصل الثاني / المرحلة التعاقدية .

الباب الثاني / التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الخاصة الدولية .

الفصل الاول / التحكيم ودوره في فض المنازعات الخاصة الدولية .

الفصل الثاني/ القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي .

الباب الثالث / كيفية تطبيق المحكم للقواعد القانونية في حل النزاع .

الفصل الاول / تطبيق المحكم لقواعد قانونية ذات طابع وطني .

الفصل الثاني / تطبيق المحكم لقواعد قانونية ذات طابع دولي .

الخاتمة .

تمهـــــــيد

مفهوم عقود التجارة الدولية

مفهوم عقود التجارة الدولية

تناوله لعقود التجارة الدولية فضل مع القانون الدو اجتماعه دينة **Bale** السويـسرية اغسطس 1992 مصطلح (عقود العلاقات الاقتصادية الدولية) بعد ان كشفت مناقـشات اعـضائه عـن اعتراض بعضهم على اصطلاح (عقود التجارة الدولية) نبا للخلاف ب التشريعات الوطنية حول معيـار التجارية[1] .

وقد فضل البعض استخدام مصطلح (عقود التجارة الدولية) ، بدلا عن عقود ا بادلات الاقتـصادية الدولية او ا عاملات الدولية لعدة أسباب من ا ها :

ان اصطلاح عقود التجارة الدولية يعد الاصطلاح الشائع اذ درج استخدامه العمل على و يفيـد ا عـ ا قصود ، بصرف النظر عن الطابع التجاري او ا د الذي كن ان يلحق ا عاملة موضوع هـذه العقـود . علاوة على الرغبة استبعاد العقود الواردة على عقار وال كمها قواعد خاصة تنازع القوا[2] .

وبا قابل فان مصطلح العقود الاقتصادية الدولية يفسر تلك العملية , ال تدف ا ابرام عقـود بغـرض التنميـة الاقتـصادية الـ تكـون الدولـة طرفـا فيهـا مبتغيـة النتيجـة

1) يلاحظ ان معيار التجارة تلف من دولة ا اخرى وفقا لنظامها القانو ، ففي دول القانون ا اص ومنها (فرنسا ومصر والعراق وا زائر) يفرق ب الاعمال التجارية والاعمال ا دنية , اذ خصصت للاعمال التجارية احكام خاصة القوا التجارية غ تلك ا تعلقة بالاعمـال ا دنية ، الدائرة القوا ا دنية بصفة عامة . اما فيما يتعلق بدول القانون العام ومنها (انكلترا والولايات ا تحدة الامريكية وايطاليا) فهذه الدول لا تفرق ب العمل ا د والعمل التجاري اذ ضعها لقواعد واحدة ، يضمها تشريع واحد ، بصرف النظر عن الطبيعـة ا دنيـة او التجارية للتصرف ، وما اذا كان اطراف هذا التصرف او احد اطرافه تاجر ام شخصا مدنيا . تفصيل ذلك د. باسم مد صا ـ القانون التجاري ، القسم الاول (النظرية العامة) الطبعة الثانية ، دار ا كمة ، بغداد , 1992 ، ص40 وما بعدها .

ومن الا ية ان نسترعي الانتباه بالنظر ا صعوبة ديد مفهوم التجارية فانه لا كن الاعتماد ديد مفهوم التجارية على القوا ا دنيـة لعدة اعتبارات لعل من ا ها تدخل الدولة العديد من نواحي ا ياة التجارية الدولية ومن ناحية اخرى ظهور عدد كب من العقود التجارية الدولية لا تعرفها القوا التجارية الوطنية . لذا فان الامر يتطلب الاخذ فهوم واسع للتجارية ، سبان ان التجارة الدولية هـي عمليـات متعددة تتجاوز بكث حدود فكرة التجارية مفهوم القوا الوطنية .

2) د. هشام علي صادق ـ القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشأة ا عارف ، القاهرة 1991 ، ص13 .

الاقتصادية من وراء هذه العقود ، وتشمل هذه العقود التنقيب والبحث عن الثروات الطبيعيـة واسـتغلا ا ، وغ هـا مـن العقـود الـصناعية الزراعيـة الـ تـدف ا قيـق النتيجـة

الاقتصادية[1] . فضلا عن ذلك فان مصطلح العقود الاقتصادية الدولية يعد مصطلح غ ـدد ا ـضمون اذ استخدمه البعض للدلالة على ا اط من العقود الدولية ال لا ضع لقواعد القانون الدو ا اص . من ذلك العقـ ـ ـود الـ ـ ـ ـ تـ ـ ـ ـ م بـ ـ ـ ـ الـ ـ ـ ـدول او اتفاقـ ـ ـات التنميـ ـ ـ ـة الاقتصادية[2] .

فهذه العقود ا طبيعة خاصة قد تقتضي ا روج على قواعد القانون الدو ا اص. لا سيما عنـدما يكون ا دف من ابرام هذه العقود هو قيق احدى وظائف الدولة الاساسية، وذلك ما يبدو بوضوح حالة تعاقد الدولة او احد مشروعاتا العامة بوصفها سلطة عامة مع طرف اجن بقصد استغلال مواردها الطبيعـة كما هوة الشأن عقود التنقيب عن النفط او عقود شراء الاسلحة[3] . فهذه العقود ا خصائص وصـفات تتميز با ، تؤدي ا فصلها عن عقود التجارة الدولية ، بل ان العقود الاقتصادية الدولية ضع لنظام قـانو آخر تلف عن النظام القانو الذي ضع له العقود موضوع ثنا[4] .

1) د. حبيب ثروت ـ دراسـة قـانون التجـارة الدوليـة مـع الاهتمـام بـالبيوع الدوليـة ، الطبعـة الثانيـة ، مطبعـة ا ـلاء ا ديدة ، ا نصورة ، 1995 ، ص277 .

2) علاوة على ذلك فان مفهوم العقود الاقتصادية الدول الاشتراكية تلف عن مفهومه الدول الرأ الية . اذ ان مفهوم العقود الاقتصادية كان قد تأثر با فهوم الاشتراكي للقانون الاقتصادي ، اذ كان يطلق مصطلح العقود الاقتصادية على العقود الـ تـ م بـ ا ؤسـسات الاشتراكية والتعاونيات ، لتنفيذ خطة الدولة . ولاشك ان ذلك مفهوم قاصر على النطاق الوط ويرتبط ظاهر قانونية ددة .
اما الدول الصناعية الغربية فقد قصدت بالعقود الاقتصادية تلك العقود ال ترتبط فيها السلطة العامة مع ا ـشروعات ا اصـة بغـرض الاسـ ـ ـهام تنفيـ ـ ـذ سياسـ ـ ـة اقتـ ـ ـصادية معينـ ـ ـ ـة . تفـ ـ ـصيل ذلـ ـ ـك . د. صـ ـ ـلاح الـ ـ ـدين ال الدين ـ عقود الدولة لنقل التكنولوجيا ، دراسة اطار القانون الدو ا اص والقانون التجاري الدو ، دار النهضة العربية ، القاهرة , 1996 ، ص10 وما بعدها .

3) د. مـ ـود مـ ـد يـ ـاقوت ـ حريـ ـة ا تعاقـ ـدين اختيـ ـار قـ ـانون العقـ ـد الـ ـدو بـ ـ النظريـ ـة والتطبيـ ـق ، منـ ـشأة ا عارف ، الاسكندرية ، 2000 ، ص16 .

4) اذ ان جانب من هذه العقود قد تقع على حدود كل من القانون ا اص والقانون العام والقانون الدو ا اص والقانون الدو العـام . تفصيل ذلك . د. حفيظة السيد ا داد ـ العقود ا مة بـ الدول والأشخاص ا اصة الأجنبية ، الطبعة الأو ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 ، ص10 وما بعدها .

وقد فضلنا مصطلح عقود التجارة الدولية ـ فضلا عن ذلك ـ لتمييزها عن اصطلاح (العقـود الدوليـة) بصورة عامة ، اذ ان مفهوم العقد الدو ينصرف ا العقد ا شتمل على عنصر اجن سواء تعلق هذا العنصر كان ابرامه ام تنفيذه ام موضوعه ام باطرافه . ح ان اصطلاح عقود التجارة الدولية يؤدي ا اسـتبعاد بعض العقود ذات الطابع الدو ، وا شتملة على عنصر اجن من نطاق دراستنا[1] .

كما رجحنا استخدام عقود التجارة الدولية لان هذا ا صطلح يوسع من مدلول هذه العقود ، فهـو

يشمل - على سبيل ا ثال - عقد البيع الدو ، وعقد الشحن وعقود ا شارطة , كما يشمل عقود العمليات ا صرفية الدولية , فضلا عن عقود التجارة الدولية ال تكون الدولة او احد اشخاصها ا عنوية العامة طرفا فيها

ا ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ اريـ صا ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ شخـ سبانا ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ

عاديا ، مع طرف خاص اجن ، ومنها على سبيل ا ثال عقود نقل التكنولوجيا وعقود التـ رخيص الدوليـ ة وعقود الاستثمار وعقود انشاء ا نشآت الصناعية . . . وغ ها[2] .

وتأكيداً لذيوع مصطلح التجارة الدولية , فقد قنن ا شرع الفرنسي هذا ا فهوم قانون ا رافعـ ات ا ديد الصادر 12 مايو 1981 الباب ا امس (ا واد ا تعلقة بالتحكيم) ، عندما عـ رف التحكـ يم الدو ا ادة 1492 بأنه (التحكيم الذي يتعلق صا التجارة الدولية) ، وقد أخذت بذا ا فهوم عـ دد من أحكام القضاء الدو ، منها حكم كمة النقض الفرنسية قضية (**Menicucci Mahieux**) عندما قضت (بأن العقد ا م فرنسا ب فرنسي يقيم أحد ا كندا والذي حصل قتضاه هذا الأخ علـ ى وكالـ ة لتوزيـ ع التبـ غ الـ ذي ينـ تج فرنـ سا لتوزيعـ ه كـ ل مـ ن أمريكـ ا وكنـ دا

---

1) اذ يستبعد من نطاق هذه الدراسة العقود ا تعلقة بعقار وعقود الاحوال الشخصية ، وعقود العمل ، وعقود ا ستهلك .

2) و علم الاقتصاد يتسع مفهوم التجارة ا ال القانو عنه ا ال الاقتصادي ، اذ تقتصر التجارة (علم الاقتصاد) علـ ى عمليـ ات تداول السلع وا دمات ب ا نتج وا ستهلك ومن لايشمل عمليات التصنيع . بينما تتسع ا ال القانو لتشمل التجارة والصناعة معـ ا فالصانع او ا نتج نظر القانون التجاري تاجر ، وا صنع يعد لا اريا .

يعد هذا العقد ق من عقود التجارة الدولية)[1] .

ومن الطبيعي أن لاتكون عقود التجارة الدولية ددة بنموذج قانو مع ، فهذه العقـ ود تتعـ دد صورها طبقاً لطبيعة موضوع العقد ا م . وأصبح لكل وذج منها تسمية يعرف با وقد جرى فقه القـ انون الدو ا اص إ تقسيم عقود التجارة الدولية إ عدة تقسيمات أطلق علـ ى بعـ ضها عقـ ود التبـ ادل (**Contrats d' echange**) ومثا ا عقد البيع الدو ، وأطلق على البعض الآخر مصطلح عقـ ود الأنتاج (**Contrats de Production**) ومثا ا عقود الأستثمار[2] ، بينما يذهب إ اه حديث

إ   تقسيم عقود التجارة الدولية وفقاً عيار موضوع العقد (**L'objet du Contrat**) فـالتغ ات ا ديثة ال   واكبت التجارة الدولية أدت دوراً فعالاً   ظهور أ اط و اذج جديدة للعقود ، كمـا تطـورت بعض العقود التقليدية نتيجة لتطور العلاقات التجارية الدولية ، فأن هذا الأ اه يل إ   تقسيم عقود التجـارة الدولية إ قسم   : العقود ذات الطابع التقليدي ، ومنها عقد البيع وعقد النقل ، وعقود ذات طابع خاص ، كعقود نقل التكنولوجيا وعقود الترخيص وعقود الأستثمار(3) ، وإن كنا نتفق مع هذا الأ اه   تقسيم عقود التجارة الدولية إ   عقود تقليدية ، وعقود حديثة ذات طابع خاص . إلا إن هذه الطائفة الأخ ة من العقـود غالباً ما تكون الدولة أو أحد مشروعاتا طرفاً فيها ، ومن   يعت   النظر إليها من خلال ما تث ه هذه العقـود من قضايا أبرزها مدى   تع الدولة أو أحد مشروعاتا با صانة القضائية ، و ديد القانون الواجـب التطبيـق عليها ، لذا يتع   ديد صفة الدولة وا دف الذي ترمي إ   قيقه من التعاقد .

(1 . **-Cass Civ , 13 - 11 - 1975 . Clunet 1977 , P. 106 . Note Loquin**

وهذا ما اكدته ا كمة نفسها   قضية (**Impex**) عندما ايدت حكم كمة استئناف باريس فيما ذهبت اليه بان العقود ال   كانت لها تصدير كميات من الشع   من فرنسا ا   ايطاليا بدف صناعة ا عة هي عقود تتعلق صا   التجارة الدولية .

-Cass Civ , 18-5-1971 .Dalloz 1972 , P. 37 . Note , Daniel Alexander.

(2 **-Kahn (ph) : Lex Mercatoria et Paratique des Contrats Internationaux , L'experience Francaise , in Le Contrat economique International , Paris , 1975 , P. 181 .**

3) د. عوض ا   شيبة ا مد السيد - النظام القانو   لعقود انشاء ا نشآت الصناعية ب   الدول الاشتراكية والاجنبية ا اصة ، رسالة دكتوراه ، كلية ا قوق ، جامعة اسيوط , مصر ، 1993 ، ص38 .

وعليه فأن ا قصود بعقـود التجـارة الدوليـة لا كـن فهمـه بـ ا ع   الـضيق   القـوان الوطنية ، بل أصبح فهوم التجارة الدولية مع   واسع ومرن يوسع من الأنشطة ال   تتعلق بالتجارة الدوليـة ، حيث تعد كل عملية تتعلق بذه التجارة عملية ارية ح   ولو   تكن العلاقة ارية بـ ا ع   الـدقيق ـذا الأصطلاح(1) . ومع ذلك فأن وضع تعريف جامع ومانع لعقود التجارة الدولية يكاد يكون من ا ستحيل(2) . وإن وضع تعريف دد   ا سيفتح الباب للعديد من ا ناقشات ا تباينة ،   سبان أن عقود التجارة الدوليـة لا تنفذ من خلال عقد واحد له نظام قانو   واحد ، وإ ا ت م وتنفذ من خلال   اذج تعاقدية متنوعة ومتعـددة

ومن   يكون لكل منها نظام قانو   متغ   سب تنوع العناصر ا   تدخل   تكوين هذه العقود ، كمـا إن هذه العقود قد يكون أحد أطرافها دولة أو أحد أشخاصها العامة ، وطرف أجن   ، سواء كـان معنويـاً أو طبيعياً ، وقد ت م ب   طرف   من اشخاص القانون ا اص ، الأمر الذي قد يؤدي إ   إختلاف وجهات النظر تطبيق مبدأ قانون الأدارة ع   أن ا لول ا قررة شكلة تنازع القوان   عقود التجارة الدولية تلف عن تلك ا لول ا تبعة   عقود الدولة ذات الطبيعة ا اصة ا   تسمى بعقود التنمية الأقتصادية .

---

1) د. ا د حسان الغندور ـ التحكيم   العقود الدولية للانشاءات ، رسالة دكتوراه ، كلية ا قوق ، ب   سويف ، جامعة القاهرة ، 1998 ، ص 96 ، 97 .

2) **-Lagarde (P) : Exomen de L'avent-projet de Convention Communaut Conomique europenne sar la loi applicable aux obligations Contractuelles et Not Contractuelles . In travaux du Comte Francais de Droite International Prive , 1973 . P. 153.**

دولية العقد

مسألة أولية لازمة لإعمال قواعد القانون الدو ا اص

إن تقسيم العقود ، إ عقود وطنية ، وعقود دولية ، له أ ية بالغة لأن هذا التقسيم يؤدي إ ديد القانون الواجب التطبيق على مثل هذه العقود ، وكذلك إ ديد الأختصاص القضائي بـشأنا ، فعنـدما يعرض على القاضي الوط نزاع يتعلق بعقد خاص ، فأنه يقوم بتحدي الطبيعة القانونية ذا العقد عرفة ما إذا كان من طائفة العقود الوطنية ، أم من طائفة العقود الدولية ، هيداً لتحديد القانون الواجب تطبيقه عليـه ، فإذا تب للقاضي إن العقد موضوع ال اع عقد وط قام بتطبيق القواعد ا وضوعية قانونه . أما إذا تب له أنه امام عقد دو ، فسوف يقوم بتطبيق القانون الذي تش إليه قواعد الأسناد ا ختصة قانونه ، أو القواعد ا وضوعية أو ا باشرة الواجبة التطبيق[1] . بل أن مكنة أختيار القانون الواجب التطبيق ا خولة لأطراف العقد ، أو ا وضوع ، أو السبب ، أي كونه عقداً دولياً ، أما إذا كان العقد وطنياً بكافة عناصره ، فمن ا ؤكـد أن الأطراف لن تكون م حرية ديد القانون الذي سيحكم علاقاتم العقدية[2] .

ولتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ب ـ أولاً ـ ديد دولية العقد ـسبان أن تعـي ا نس سابقاً على بيان النوع حسب ما يقول الأصوليون ، أو على التعـب الفرنـسي إن عمليـة (**La qualification de L'acte**) ـــــــب أن تـــــــأ قبـــــــل (**acte la qualificational**) وبناءاً عليه هناك مرحلة سابقة ب ديدها قبل ديد القـانون الواجب التطبيق على العقد ، وهي ال ب من خلا ا التأكد أولاً أننا بصدد عقد دو [3] .

---

1) أ د عبد الكر سلامة - القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام القانون الدو ا اص ، دار النهـضة العربية ، القاهرة ، 1985 ، ص 78 وما بعدها .

2) د. عصام الدين القص ـ النظام القانو للعمليات ا صرفية الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 ، ص57 .

3) انظر : د. ا د صادق القريشي ـ الا اهات ا ديثة تعي القانون الذي كم العقود الدولية ، ا لة ا صرية للقانون الدو ، ا لد ا ادي والعشرون ، 1965 ، ص76 .

فالمرحلة الأولى تسعى إلى البحث عما إذا كان العقد دولياً أم لا بالنظر إلى مجموع العناصر القانونية المرتبطة بالعقد ، وتقدير مدى كفاية هذه العناصر من عدمه هو أمر متروك لقاضي الموضوع والخاضع لرقابة محكمة النقض , أما المرحلة الثانية فإنها تسعى إلى تحديد قاعدة التنازع ، ومن ثم القانون الواجب التطبيق على العقد الذي حسبناه دولياً وفقا للمرحلة الأولى . وللتدليل على ذلك يشير أحد الفقهاء بالقول " إذا كانت العلاقة برمتها مركزة في إطار نظام قانوني واحد كان العقد داخلياً ، وبالتالي فإن مجرد أختيار الأطراف لقانون أجنبي يحكم عقدهم لا ينبغي أبداً أن يثير تنازعاً بين القوانين . فالعبرة بحقيقة الواقع وبطبيعة الأشياء لا بما يخلعه عليه الأطراف من أوصاف . فإذا قرر الأطراف إخضاع عقدهم المعتبر وطنياً بجميع عناصره لقانون دولة أجنبية ، كان على القاضي عدم الأعتداد بهذا الوصف[1] . ذلك أن دولية العلاقة هي الشرط الواجب توفره لتخويل أطرافها حق أختيار القانون الذي يحكمها وليس أختيارهم لهذا القانون هو الذي يضفي على الرابطة العقدية طابعها الدولي [2] .

وعلى هذا الأساس فهناك مرحلة سابقة على تحديد القانون الواجب التطبيق ، وهي التي يجب من خلالها التأكد ـ أولاً ـ من أننا بصدد عقد يتسم بالطابع الدولي ، ثم بيان الطائفة التي ينتمي إليها هذا العقد الدولي من بين طوائف العقد الدولي المختلفة . كالبيوع والقروض وعقود النقل وعقود التنمية ، والعمل والأستثمار . . . الخ[3] .

وقد ساعد القضاء التجاري الدولي على إيجاد قواعد خاصة لتحكم العقود الدولية وذلك لمواكبة تطورات حياة التجارة الدولية . ومن الأمثلة في هذا الخصوص إقرار القضاء الفرنسي بصحة شرط التحكيم الوارد في عقد دولي على الرغم من بطلان مثل هذا الشرط إذا ورد في عقد داخلي . وأيضاً ما قضى به من صحة شرط الذهب لغرض تجنب تغير وتذبذب سعر العملة ، متى كان هذا الشرط في عقد دولي ، في حين أن هذا الشرط ذاته يعد باطلاً لكونه متعلقاً بالنظام العام إذا ورد في عقد داخلي .

1) د. عكاشة محمد عبد العال ـ قانون العمليات المصرفية ، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1994 ، ص 86 ، 87 .
2) د. هشام علي صادق ـ القانون الواجب التطبيق ، المصدر السابق ، ص 53 .
3) د. احمد صادق القشيري ـ الاتجاهات الحديثة ، المصدر السابق ، ص 76 .

وهكذا د أن مسلك القضاء الدو يؤدي للتفرقة ب نظام أحد ا يسري شأن العقود الداخلية ، والآخر كم العقود الدولية ، وكان لأجتهاد الفقه والقضاء أثره إ اد القواعد واجبة التطبيق على العقود الوطنية ، من خلال ليل العلاقة العقدية موعها ، ولأجل الوصول إ تكييفها ، هل هي علاقة داخليـة تتركز بكافة عناصرها حدود نظام قانو مع ، أم أنا تكون علاقة تتجاوز حدود النظام القانو الواحد لتعلقها بأكثر من دولة ، ا يؤدي إ تطبيق قواعد القانون الدو ا اص[1].

وهكذا نصل إ نتيجة مهمة (إن تكييف العلاقة فيما إذا كانت وطنية أو دولية كأسـاس لتطبيـق قواعد التنازع لا يتوقف على إرادة الأطراف وإ ا يستمده القاضي من العناصر ا ادية وا عنوية للرابطة العقدية ، وهي مسألة قانونية ضع لرقابة كمة النقض) .

إلا ان ذلك لا يع أنه ليس للأطراف ا ق أختيار قواعد قانونية تنتمي إ قانون أجن معـ ، بالرغم من إنتماء العلاقة بكافة عناصرها للقانون الوط للأطراف ، إذ إن كل ما الأمر أن هذا الأختيار لا يعد أختياراً تنازعياً ، ع أنه لا يعد أعمالاً لقاعدة التنازع ا ضع العقود الدولية لقانون الإرادة . وإ ا يعد الأختيار هذه ا الة أختياراً مادياً مبنياً على مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد القانون الداخلي ، ا ي ل أحكام القانون الأجن ا ختار م لة الشروط العقدية ا لا وز ا ان الف الأحكام الآمـرة القـانون الوط الذي تنتمي إليه العلاقة العقدية[2] ، وهذا الأ اه أكدته اتفاقية روما لسنة 1980 شأن القـانون الواجب التطبيق على الألتزامات التعاقدية ا ادة 3 / 3 ا تؤكد أن (أختيار ا تعاقدين لقـانون أجـن لا يستطيع أن يؤدي ، فيما لو كانت كافة عناصر العقد مركزة دولة واحدة عنـد الأختيـار ، إ ا ـساس بالنصوص الآمرة ا قررة قانون هذه الدولة وال لا يستطيع الأفراد الأتفاق على ما الفها) .

---

1) د. هشام علي صادق ـ القانون الواجب التطبيق ، ا صدر السابق ، ص 53 وما بعدها .

2) د. هشام علي صادق ـ القانون الواجب التطبيق ، ا صدر نفسه ، ص 54 .

ويبدو أن حق الأطراف أختيار قانون أجن الفرض السابق مبنياً على قاعـدة موضـوعية القانون الداخلي ال تقضي بأن العقد شريعة ا تعاقدين[1] ، ا يسمح م بأختيار شروطهم التعاقدية ، وهـو يتقيد بالقواعد الآمرة القانون الوط .

---

1) ا ادة 1134 مد فرنسي لسنة 1804 ، وا ادة 147 مد مصري ، وا ادة 146 / 1 مد عراقي ، وا ادة 706 مد جزائري .

الأ اهات الفقهية والقضائية

ديد صفة الدولية عقود التجارة الدولية

إذا كان الفقه مع على أن الطابع الدو للعقد (**Caracterere International**) هـو شرط أساسي رية الأطراف أختيار القانون الواجب التطبيق على علاقتهم العقدية , فأن مثل هذا الأ اع ل شك فيما يتعلق بتعريف العقد الدو وأنه من ا ثا التشبث بتعريف جامد يش إ عناصـر ـددة العقد الدو [1] .

ومع ذلك حاول البعض الوصول إ هذا التعريف إذ عرفه بأنه (العقد الذي يشتمل علـى عنـصر أجن)[2] ، وهناك من عرفه بأنه (العقد الذي أتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانو)[3] ، كمـا عرفه بعض آخر بأنه (العقد الذي يتضمن عنصراً أجنبياً سواءاً تعلق هذه العنصر حل إبرامه أو كان تنفيذه أو وضوعه أو بأطرافه)[4] . وبعض قرارات ا اكم الفرنسية أكدت على ان العقد الدو هو (العقد الذي يأخذ ا سبان مصا التجارة الدولية) والبعض الآخر من أحكام القضاء الفرنسي أشار إ التعريف العام (بأنه العقد الذي يؤدي إ إنتقال وتداول رؤوس الأموال ع ا دود الوطنية) .

ومن هذه التعريفات يتضح ا لاف حول ا عيار الذي يتم وجبه ديد دولية العقد كشرط لتطبيـق قواعد القانون الدو ا اص ، إذ سنرى أن جانباً من الفقه والقضاء الدولي يل إ إعتناق ا عيار القـانو الذي يعتد بعناصر الرابطة القانونية (أطراف ، ل ، سبب) ومدى تطرق الصفة الأجنبية إ هذه العناصـر كلها أو بعضها ويطلق على هذا الا اه ديد الصفة الدولية ديد عقود التجارة الدوليـة , بالا ـاه التقليدي ا تمسك با عيار القانو ، بينما يذهب ا ـاه آخـر إ تـب معيـار إقتـصادي ليعـ عـن

---

1) -Kesse Djian (C) : Les dengers lies aun Mauvais choix du droit applicable , Analyse de la juriprudunce Francaise et de sentences arbitrales' . Rev. Int. 1995 . P. 373 .

2) د. فؤاد عبد ا نعم رياض ـ الوسيط القانون الدو ا اص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1979 ، ص381 .

3) د. سامية راشد ـ الاحكام الوضعية ، تنازع القوان ، ا زء الثا ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1984 ، ص133 .

4) د. ابراهيم ا ـد ابـراهيم ـ القـانون الـدو ا ـاص ، الكتـاب الاول تنـازع القـوان ، دار النهـضة العربيـة ، القـاهرة ، 1992 ، ص547 .

مدى اتصال الرابطة العقدية باقتصاديات أكثر من دولة حـ توصف بالطابع الدو ، وء عن هذا الأ ـاه بفكرة ا د وا زر بـ البضائع وقيمها ء ا دود الدولية ، أو بفكرة العقد الذي يأخذ الأعتبـار مـصا التجارة الدولية ، وهناك من مال إ التوفيق بـ ا عيارين .

ومن هنا دعت ا اجة إ تقسيم هذا ا بحث إ أربعة مطالب تتناول فيها ا عاي ا ختلفـة لدوليـة العقد وتقديرها على النحو الآ :

أولاً : دولية العقد وفقاً للمعيار القانو (**le Critere juridique**)

وفقاً ذا ا عيار يعد العقد دولياً ، إذا أرتبط عن طريق أحد عناصره الرئيسية بروابط مع أكثر من نظام قانو [1] ، بعبارة أخرى ، يتصف العقد بالطابع الدو إذا كانت إجراءات إبرامه ، أو أعمـال تنفيـذه ، أو مركز أطرافه بالنسبة نسيتهم أم موطنهم ، أو بسبب مكان وجود موضوعه ، له صلة بأكثر من نظام قانو واحد ، أي له صلة بقوان دول تلفة[2] .

وعليه فان القول بدولية العقد يتطلب الكشف عن مدى تطرق الصفة الاجنبية ا عناصره القانونيـة ا ختلفة ، فاذا اتصلت عناصر الرابطة العقدية بدولت او اكثر فانا تكسب الصفه الدولية لتعلقها باكثر مـن نظام قانو . واعمالا ذا ا عيار فالعقد ا م بـ جزائري ا نسية مقيم با زائر وبـ عراقي ا نسية مقيم العراق ، وتعلق ببضاعة كائنة الاردن ، فمثل هذا العقد يعد عقد بيع دو نظرا لاتصال عناصره باكثر من نظام قانو واحد ، على ان انصار هذا الا اه وان اتفقوا على الاساس الذي يقوم عليه هذا ا عيـار ، وهـي الصفة الاجنبية العقد . الا انم تلفون حول ثقل او فاعلية كل عنصر ، واثره اضفاء الصفة الدولية[3] ، بعبارة اخرى هل يكفي توافر احد هذه العناصر العقد لكي كن القول باتسام هذه الرابطة بالطابع الدو ؟.

---

1) د. عكاشة مد عبد العال ـ قانون العمليات ا صرفية ، ا صدر السابق ، ص 87 .

2) د. يل الشرقاوي ـ اضرات العقود الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ص 17 ، 48 .

-Aussouarn (Y) : Droit International du Commeres et Marche Commun , R.T.D.1971 P. 205.

3) د. هشام علي صادق ـ القانون الواجب التطبيق ، ا صدر السابق ، ص60 .

د ان فريقا من القائل بذا ا عيار يل ا التسوية ب العناصر القانونية للرابطة العقدية ، وان كـل عنصر من العناصر القانونية من شأنه ان يضفي على الرابطة العقدية صفة الدولية م كان هذا العنصر اجنبيا ، الامر الذي ي ر اخضاعه لقواعد القانون الدو ا اص .

وعناصر الاتصال وفقا ذا الرأي قد تكون شخصية ، كا نسية الاجنبية لاحد ا تعاقدين او كونـه متوطنا او مقيما ا ارج ، او قد تكون موضوعية كأن يتم ابرام العقد ا ارج او ان يتم تنفيذه او تركيزه دولة اجنبية[1] .

ونلاحظ ان ا عيار القانو وفقا ذا الا اه ديد صفة الدولية العقد يتصف با مود ، كونـه يؤدي ا تطبيق قواعد التنازع على العقد كل مرة يتوافر ا الرابطة العقدية عنـصرا اجنبيـا ، وبـصورة متكافئة . وايا كان هذا العنصر ، وبصرف النظر عن أ يته ، وبطبيعة العلاقة ا عروضة . لذا يصفه البعض بانه مفهوم (آ وجامد)[2] .

ح يرى البعض الآخر ، ان بعض هذه العناصر قد لا يكون ا اد تاث منح العقد الـصفة الدولية ، وان العناصر القانونية ليست متماثلة . لذا ري التفرقة ب العناصر ا ؤثرة او الفعالة او الا ابيـة ، وب العناصر غ الفعالة او ا ايدة او السالبة[3] .

وبصورة خاصة فان انصار هذا الا اه يشد ون ا مدى قيمة عنصري اختلاف جنـسية الاطـراف ومكان الاقامة ومكان ابرام العقد اضفاء الصفة الدولية على العقد[4] ، بل ان بعض هذه العناصـر قـد لا تصلح ذاتا كاساس لاضفاء الطابع الدو على العقد ، فالاجن الذي يقيم منذ فترة طويلة دولة ما ، يـ ـ ـ ـ ـ م فيهـ ـ ـ ـ ـ ـا عقـ ـ ـ ـ ـ ـ ـدا مـ ـ ـ ـ ـ ـن العقـ ـ ـ ـ ـ ـود ا اريـ ـ ـ ـ ـ ـة (**Contrats Courants**) اي العقود الشائعة الاستخدام ، فان ا نسية الاجنبية لن يكـون ـا

---

1) د. هشام علي صادق ـ القانون الواجب التطبيق ، ا صدر السابق ، ص60 .
ـ د. عكاشة مد عبد العال ـ قانون العمليات ا صرفية ، ا صدر السابق ، ص79 .
2) د. ا د صادق القش ي ـ الا اهات ا ديثة ، ا صدر السابق ، ص75 .
3) د. هشام علي صادق ـ القانون الواجب التطبيق ، ا صدر السابق ، ص60 .
4) د. سلامة فارس عرب ـ وسائل معا ة اختلال توازن العقود الدولية قانون التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه ، كلية ا قـوق ، جامعـة ا نوفية ، مصر ، 1999 ، ص42 .

اد تاث منح هذا العقد صفة دولية[1].

ويؤكد بعض مؤيدي هذا الا اه على عدم تاث جنسية الاطراف اضفاء الصفة الدولية على العقد ، وللتدليل على ذلك جرت الاشارة ا عقد البيع الذي ي م ب مزارع فرنسي ينتج الثمار الزراعية وب بـائع فاكهة ايطا له بقالة باريس ، مع الاخذ ا سبان ان مكان تسليم البضاعة او مكان الوفاء بالثمن هـو فرنسا ، فهذا العقد لا شك توي على عنصر اجن وهو اختلاف جنسية الاطراف ، ولكن من غ ا قبـول القول بتصنيف هذا العقد ضمن طائفة العقود الدولية[2].

كما ان مكان ابرام العقد وفقا للنظرة السابقة لا يصلح اساس لاضفاء الطابع الدو علـى العقـد ، وبصورة خاصة اذا ابرام العقد دولة اجنبية حض الصدفة علاوة على ان عنصر مكان ابرام العقـد قـد يكون و يا نظرا لاتصاله بصورة اساسية بارادة الاطراف[3].

ومن جانب اخر يرى البعض (ان كل عنصر يصلح لان يكون ضابط اسناد يصح بالـضرورة بـان يؤخذ بالاعتبار عند ديد صفة الدولية العقد ، فان عنصر اختلاف جنسية الاطراف وعنصر مكان ابـرام العقد من ب العناصر ال يأخذ با مشرعوا الدول ا ختلفة عند ديدهم قاعدة التنازع ال قتـضاها يـتم ديـ ـ ـ ـ ـ ـد القـ ـ ـ ـ ـ ـانون الواجـ ـ ـ ـ ـ ـ ـب التطبيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـق علـ ـ ـ ـ ـ ـى العقد . . . ويش ان آية صحة هذا الاستنتاج بالتساؤل عن الفائدة ا رجوة من تطبيق قاعدة الدفع بالغش و القانون ، اذا يكن هدف هذا الدفع هو استبعاد القانون الواجب التطبيق على ال اع ، اذا ثبـت ان دوليـة العلاقة قد التوصل اليها عن طريق الغش واصطناع العنصر ا نشيء ا)[4] .

ونعتقد ان تطرق العنصر الاجن على العلاقة العقدية له صفة نسبية ، وان ضعف احـد العناصـر لا كـن ان يكـون يـع الفـروض مـؤثرا ، بعبـارة اخـرى ، مـا يعـد مـؤثرا

---

1) -Batiffol (H) : Encyclopedie juridique repertoire de Droit Unternational , Tom I Contrats et Conventions , Dalloz , 1968 , P. 568 . ets .

2) د. سلامة فارس عرب ـ ا صدر السابق ، ص 43 .

3) -Mayer (P) : Droit International prive` , I ed Montchrestien , Paris , 1977 . P. 679 .

4) د. سلامة فارس عرب ـ ا صدر السابق ، ص 48 ، 49 .

عقد مع لا يكون كذلك عقد اخر ، ومن فان ديد مفهوم الدولية العقد يتوقف على نوع العقـد ا راد ثه .

وبطبيعة ا ال فان تقدير مدى كفاية هذا العنصر او ذاك ديد صفة الدولية العقد امر متـروك لقاضي ا وضوع و ضع لرقابة كمة النقض ، باعتبار ان التكييف الذي ريه قاضي ا وضوع يرتبط بتطبيقه لقواعد الاسناد قانونه ، وان خلص ا تطبيق قانونه الوط على العلاقة الدولية ، فان عمله هذا يستوجب النقض لكونه يشكل خطأ تطبيق القانون الوط ذاته[1] .

ومن فان ديد مفهوم الدولية العقد يتوقف على نوع العقد ا راد ثه ، وكذلك على طبيعـة ا سألة ال ثار بشأنها ال اع ، فعقد البيع ا م العراق ب شخص يقيمان فيه وا تعلق ببضاعة كائنـة العراق يعد عقدا داخليا ولو كان ا شتري اجنبيا ، وذلك لكون جنسية ا شتري الاجن غ مؤثرة اضـفاء الطابع الدو على مثل هذا العقد . وكذلك عقد البيع ا م ب جزائري ا زائر له سيارة فرنسية الصنع ، فان هذا العنصر يعد بذاته عنصرا اجنبيا ، ولكن هذا العنصر الاجن ا تمثل كون السيارة ـل التعاقـد مصنوعة فرنسا يتجرد من اي قيمة م كان ال اع يتعلق بصحة البيع . وبعكس ذلك اذا كان ال اع يدور حول مسؤولية البائع بالاضافة ا مسؤولية الشركة ا صنعة وا نتجة للسيارة[2] ، فيمكن ان نتصور العنـصر الاجن الذي يضفي على العقد الصفة الدولية ، ومن فان اي عنصر اجن كن الاعتداد به من عدمـه ديد الصفة الدولية العلاقة يرتبط بطبيعة هذه العلاقة ، وطبيعة ال اع ا عروض ، الامر الذي يؤكد

---

1) د. سامية راشد ـ قاعدة الاسناد امام القضاء ، لة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثا ، السنة الرابعة عـشرة ، يوليـو 1974 ص 402 وما بعدها . و ا اه مغاير يشـ ا خطورة هذا ا ل كونه يتمثل السلطة التقديرية الواسعة ا منوحة للقاضي عند تقـدير مـدى فاعلية العنصر الاجن كل حالة على حدة وهو ما يؤدي به الغالب ا تطبيق قانونه من الناحية العملية ، و ذلك عـودة ا فكـرة الاقليمية . د. ابراهيم مد ابراهيم ـ القانون الدو ا اص ، ا صدر السابق ، ص 548 .
ـ الا اننا لا نتفق مع هذا الا اه باعتبار ان عمل القاضي ضع لرقابة كمة النقض ومن لا ل لذلك التخوف.

2) نفس ا ع : د. هشام علي صادق ـ القانون الواجب التطبيق ، ا صدر السابق ص64 . د. عكاشة مد عبد العال ـ قانون العمليات ا صرفية ، ا صدر السابق ، ص90 .

نسبية الطابع الدو للعناصر القانونية[1] .

ومن جهة اخرى هناك ا اه الفقه ا ديث ، يؤكد ان إعمال ا عيار القانو لدولية العقد يتطلـب التفرقة بـ الدولية الشخصية (**Subjective Ment International**) والدولية ا وضوعية (**Objective Ment International**)[2] . ولتوضيح ذلك يؤكد الاستاذ (**Mayer**) , ان دولية العلاقة القانونية تكون شخصية فيما لو كانت كافة عناصر العلاقة العقدية مركزة دولة واحدة , بينما طرح ا اع بشأنا امام قضاء اجن [3] ، فعقد البيع ا م بـ فرنسيـ متوطن فرنسا و ري تنفيذه هنـاك وثار ا اع بشأن تنفيذه امام القضاء ا زائري ، اما نتيجة للخضوع الاختياري للاطراف ، واما لتغي موطن احد ا . ففي هذا ا ثال ومن وجهة النظر الشخصية وا وضوعية ، فان العقد يعد وطنيا امام القضاء الفرنسي لكونه قد تركز ميع عناصره فرنسا ، وبا قابل تعد علاقة دولية وفقا لوجهة النظر الشخصية امام القضاء ا زائري ، لأن الصفة الدولية قد تسربت جرد خضوعها للقضاء ا زائري .

ويـ ر الاستاذ الفرنسي (**Mayer**) وجهة نظره هذه ان اتصاف العلاقة العقدية الفرض السابق قائم بذاته ، بالرغم من تركز العلاقة بكاملها داخل دولة واحدة ، م عرض ا اع بشأنا أمام قضاء اجـنـ سبان ان الصفة الاجنبية قد تسربت ا العلاقة جرد خضوعها ذا القضاء . ومن تعد علاقـة دوليـة شخصية ، لأن اختصاص القضاء الاجن يعد عنصرا خارجيا لا يتعلق وهر ومضمون العلاقة نفسها[4] .

اما دولية العلاقة العقدية من وجهة النظر ا وضوعية ، تعد قائمة اذا اتصلت عناصرها الذاتية بـ دولة او اكثـ ـر , وذلـ ـك بغـ ـض النظـ ـر عـ ـن ا هـ ـة القـ ـضائية الـ ـ كـ ـن ان

---

1) فعقد النقل البحري يقوم معيار دوليته على اساس اختلاف مينائي القيام والوصول ، بغض النظر عن جنسية اطرافه . واذا كانـت جنـسية الاطراف لا تعد عنصرا حا ا ديد صفة الدولية عقود التجارة الدولية ، فان الامر على خلاف ذلك عقود الاحوال الشخصية مثل عقد الزواج خاصة الدول ا تسند هذه العقود ا قانون جنسية الزوج كما هو ا ال العراق ا ادة 19 من القانون ا د رقم 40 لسنة 1951 ، ا ادة 12 من القانون ا د ا صري رقم 131 لسنة 1984 ، وا ادة 17 مد فرنسي لسنة 1804 .

2) -Mayer (P) : Droit International prive' , Paris , 4 eme , ed , 1991 . P. 11ets.

3) د. عكاشة مد عبد العال ـ ا صدر الصابق ، ص 79 .

4) -Mayer (P) : Droit International prive' , op. cit. P.11 .

يعرض عليها ال اع[1] . م انعقد الاختصاص القضائي ا ، وفقا لاحدى ضـوابط الاختـصاص القضائي ال حددها مشرعها الوط [2] .

ويلاحظ ان فكرة الاستاذ (**Mayer**) تسلم من سهام النقد , حيث يؤكد الدكتور عكاشـة مد عبد العال بصعوبة التسليم بفكرة العلاقة الدولية الشخصية ال نادى با الاستاذ الفرنسي (**Mayer**) ، وذلك كون الطرح السابق يؤدي ا نتيجة غ منطقية ، وهي ويل كافة العلاقات الداخليـة البحتـة ا علاقة دولية مفهوم القانون الدو ا اص لمرد عرضها على قضاء دولة اجنبية ، او على قضاء التحكـيم ، ومن الثابت انه ليس كل عنصر اجن العلاقة كن ان يضفي عليها الطابع الدو , فمـن بـاب او ان يكون هذا هو ا ل عندما تكون العلاقة برمتها مركزة داخل نظام قانو واحد , ح وان نظرها قـضاء دولة اخرى وفقا لضابط من ضوابط الاختصاص الذي ير ه مشرعه[3] ، ومن فإننا نكون أمام وصـف (كاذب) او (غ حقيقي) لطبيعة العلاقة قياساً على ما يطلق عليه الفقه الأمريكي (بالتنازع الكاذب) أو (التنـــــــازع غـــــــ ا قيقـــــــي) (**False Conflict**) أو (**Faux Conflict**) الذي كن أن دث ا الات الآتية :

1. إذا كانت القوان ا تصلة بالعلاقة الدولية ذات مضمون واحد .
2. إذا كان مضمون هذه القوان متبايناً من الناحية المردة ، غ أن هذا التباين المرد لا نع من أن تكـون النتيجة ا تحققة واحدة سواء تطبيق هذا القانون ام ذلك.
3. اذا كان هناك قانون او أكثر على أتصال بالعلاقة العقدية ولكن واحد فقط هو الذي أكد إختصاصه كم هذه ا سالة[4] .

ويرى عدد آخر من الكتاب ان عرض ال اع علـى قـضاء اجـن علـى الـرغم مـن تركـز

---

1) د. هشام علي صادق ـ القانون الواجب التطبيق ، ا صدر السابق ، ص 68 ، د. عكاشة مد عبد العال ، قانون العمليـات ا ـصرفية ، ا صدر السابق ص 80 .

2) د. طارق عبد ا الاهد ـ تنازع القوان عقود التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2001 ، ص19 .
ـ د. حفيظه السيد ا ـداد ـ القـانون القـضائي ا ـاص الـدو ، منـشأة ا عـارف ، الاسـكندرية 1993 ، ص125 ومـا بعدها .

3) د. عكاشة مد عبد العال ـ قانون العمليات ا صرفية ، ا صدر السابق ، ص 84 .

4) عرض ذلك : د. عكاشة مد عبد العال ـ قانون العمليات ا صرفية ، ا صدر السابق ، ص 85 .

العلاقة العقدية بكافة عناصرها نطاق نظام قانو واحد من شأنه ان يؤدي ا تدويل ظـاهري للعقـد ، ويقصد بالتدويل الظاهري للعقد : ان هذا العقد لا يعد حقيقة الامر عقدا دوليا وفقا للدولية ا وضـوعية ، ولكـ ـ ـن لـ ـ ـ ـرد عـ ـ ـرض الـ ـ ـ اع علـ ـ ـى القـ ـ ـضاء او التحكـ ـ ـ ـيم الدولي ، يؤدي ا تدويل ظاهري للعقد ، ومن يوصف بانه عقد دو على الرغم من ان طبيعته ليـست دولية[1] .

و تقديرنا لفكرة التمييز بـ الدولية الشخصية والدولية ا وضوعية ، لا اري الاستاذ (**Mayer**) ما ذهب اليه وصف الدولية وفقا للرأي السابق , أي لا يكفي بذاته لاضفاء الطابع الدو على الرابطة العقدية كشرط لاعمال قواعد القانون الدو ا اص ، حالة تركز الرابطة العقدية بكافة عناصرها ا ؤثرة نطـ ـ ـ ـ ـ ـ ـاق نظـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـام قـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـانو واحد ، ومن فان عرض الـ اع شأنا امام قضاء دولة اخرى ، لا يكفي لتحريك قواعد التنازع الـ ضع عقود التجارة الدولية لقانون الارادة ، وعليه فان العلاقة العقدية وفقا لوجهة النظر الشخصية يتعـ اخضاعها لقانون الدولة الـ تنتمي اليها وليس للقانون الذي اختاره اطراف العقد (قانون الارادة) .

وهذا ما اكدته اتفاقية لاهاي لسنة 1955 [2] ا ادة 1 / 4 الـ تقضي ا ان اختيار ا تعاقدين وحده ا تعلق بتطبيق قانون اجنـ ، او العهد بالاختصاص لقاضي او كم ، ليس كافيا لوصف البيع بالطابع الدو ، وهذا ا عـ اكدته اتفاقية لاهاي لسنة 1985 بشأن البيوع الدولية للبضائع وفقا للفقرة (ب) مـن ا ـادة الاو (ان اختيار ا تعاقدين لقانون اجنـ وخضوعهم الاختياري لاختصاص قاضي او كم معـ لا يكفـي لاضـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـفاء الـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـصفة

---

1) -Glavinis (P) : le Contrat International de Construction , Paris , G.L.N. joly Edition 1993 p. 413 .

2) موضوع هذه الاتفاقية هو ديد القانون الواجب التطبيق على البيوع ذات الطبيعة الدولية للمنقولات ا ادية والـ دخلت دور النفـاذ اول سـ ـبتم (ايلـ ـول) سـ ـنة 1964 بالنـ ـسبة لبلجيكـ ـا والـ ـدنيمارك وفلنـ ـدا وفرنـ ـسا وايطاليـ ـا والنرويج .

و سبتم (ايلول) 1964 بالنسبة للسويد ، و 10 ديسم (كانون الثا) 1971 بالنسبة للنيجر .

و 27 اكتوبر سنة 1972 لسويسرا ، و يصادق عليها القانون العراقي والقانون ا زائري .

ـ د. ثروت حبيب ـ دراسة قانون التجارة الدولية ، ا صدر السابق ، ص106 .

الدولية لعقد البيع)[1] .

ووفقا ذا النص فان البيع م كان مركزا دولة واحدة ، فانه ليس قدور الاطراف ان يـسبغوا عليه الطابع الدو ، هذا ما سبق ان اكدته اتفاقة روما لسنة 1980 ، ا اصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، وفقا لنص الفقرة الثالثة من ا ادة الثالثة ال تؤكد ان (اختيار ا تعاقدين لقانون اجن ، لا كن ان يؤدي فيما لو كانت كافة عناصر العقد مركزة دولة واحدة عند الاختيار ا اساس بالنصوص ا قررة قانون هذه الدولة ، وال لا يستطيع الافراد الاتفاق على ما الفها)[2] . هذا ا ع اكدته ا ـادة 27 / 3 مـ ـ ـن القـ ـ ـانون الـ ـ ـدو ا ـ ـ ـاص الا ـ ـ ـا ديـ ـ ـد الـ ـ ـصادر سنة 1986 ، بقو ا (ان اختيار الاطراف لقانون اجن ، سواء صاحب هذا الاختيار خضوعهم الاختياري للقضاء الاجن ام لا يقوى على ا روج عن الاحكام الامرة ا قررة قانون هذه الدولة فيما لو تركزت كافة العناصر الاخرى للرابطة العقدية عند الاختيار دولة واحدة ،)[3] .

---

1) نتيجة للتطورات ال صاحبت التجارة الدولية فقد رؤي أن يقوم مؤ ر لاهاي للقانون الدو ا اص باعداد اتفاقية جديدة للقانون الواجـب التطبيق على البيوع الدولية ل ل اتفاقية 1955 . لذا قام ا ؤ ر بدعوى دول العا لعقد اتفاقية جديدة للقانون الواجب التطبيـق علـى البيوع الدولية للبضايع ، وقد حضر ا ؤ ر وفود من ستة دولة ، وانتهى العمل بابرام اتفاقية 30 اكتوبر 1985 ، اخذت باغلب ا لـول ا قررة باتفاقية لاهاي لسنة 1955 ، وكذلك باتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية . وهـذه الاتفاقية تصادق عليها الا دولة واحدة وهي الارجنت 6 اكتوبر سنة 1991 ومن فانا تدخل بعد دور النفاذ ، كونا تتطلـب تصديق س دول ح تعد نافذة .

ـ تفصيل ذلك : د. ثروت حبيب ـ ا صدر السابق ، ص 121 ، 122 .

2) نصوص اتفاقية روما . **-Rev. Crit, 1980 , P. 875 ets , Clunt , 1981 , P. 218 ets .**

3) نصوص القانون الدو ا اص الا ا ديد لسنة 1986 باللغة الفرنسية **Rev. Crit 1980 . P. 171 . ets** و هذا ا ع القـانون ال تغـا لـسنة 1967 ا ـادة 41 / 2 الـ اشـترطت ان يكـون القـانون ا ختـار علـى لـة حقيقية باخذ عناصر الرابطة القانونية اشارة اليه ، د. طارق عبد ا الا هد تنازع القوان ـ ا صدر السابق ، ص21 .

أحكام القضاء ا ؤيد للمعيار القانو :

راجعة مسلك بعض احكام القضاء ا تعلقة سم ا نازعات ذات الطابع الدو ، نلمس من ثنايا هذه الاحكام تأييدها واعتمادها للمعيار القانو اضفاء الطابع الدو للعقد نش ا :

1. حكم كمة استئناف باريس 19 يونيو 1970 قضية (**Hecht**)[1] وتتلخص وقائع هذه القضية انـــه بتـــاريخ 7 / 12 / 1967 ، ابـــرم عقـــد هولنـــدا بـــ الـــشركة ا ولندية (**BuisMans**) ومركزها الرئيسي هولندا ، والسيد (**Hecht**) فرنسي ا نـسية قتضاه وكلت الشركة هذا ا واطن ان يبيع با ها و سابا منتجاتا الغذائية فرنسا ، بوصفه الوكيـل الوحيد لبيع هذه ا نتجات ، وقد تضمن هذا العقد شرطا خاصا بالتحكيم عل الاختصاص بالفـصل اي منازعة تنشأ عن العقد من حيث تفس ه وتنفيذه من اختصاص كمة كيم غرفة التجـارة الدوليـة بـــــــــــــــــــــــــاريس وفقــــــــــــــــــــــــــــــــا للائحتها . وقد اثر نشوء ال اع ب طر العقد تقدم السيد (**Hecht**) بتاريخ 6 ف اير (شـباط) 1969 بدعوى امام ا كمة التجارية بباريس مطالبا بفسخ العقد ، والتعويض عما تكبده من خـسائر ، بالاضافة ا بطلان شرط التحكيم ، استنادا ا كون العقد قد حرر باللغة الفرنسية وان تنفيذه مقررا ان يكون فرنسا ، فضلا عن انه احالة صر ة ا مرسوم 23 ديسم 1958 ا تعلق بالوكالات التجارية فرنسا ، الامر الذي يؤكد ان هذا العقد ضع للقانون الفرنسي ، ومن فان شرط التحكيم الـذي يتضمنه يعد باطلا . وبا قابل دفعت الشركة ا ذكورة بعدم قبول الدعوى امام ا كمة وقد قبلت ا كمة هذا الدفع .

استأنف السيد (**Hecht**) هذا ا كم امام كمة استئناف باريس ، ال فضلت البحث عما اذا كان هذا العقد يعد عقدا دوليا ، ومن يتحرر من نطاق البطلان (الذي كان يقرره القانون الفرنسي) ام انه يعد عقدا وطنيا يسري عليه هذا البطلان .

---

(1) **- Courd' apple Paris 19 July 1970 , Clunet 1971, P. 833 . ets . Note Opetit . Rev. Crit, 1971, P. 692 , Note Level .**

و 19 يونيو 1970 ذهبت ا كمة ا اعتمادها على ا عيار القانو سم هذه القضية و ديـد صفة الدولية العقد ، فالعقد ابرم هولندا وان احد طر العقد شركة تتمتـع با نـسية ا ولنديـة وان موضوع هذا العقد يتعلق بوكالة ري تنفيذها فرنسا ، الامر الذي يؤكد اتصال العقد باكثر مـن نظـام قانو . و تاريخ 4 يوليو 1972 ايدت كمة النقض الفرنسية حكم كمة الاستئناف وما اخذت به من معيار ديد صفة الدولية العقد[1] .

2. حكم كمة النقض الفرنسية 7 اكتوبر 1980 قضية (**Tradieu Paul**)[2] :

هذا ا كم ايضا اعتنقت كمة النقض الفرنسية ا عيار القانو ديد صفة الدولية العقـد ، وتدور احداث ووقائع هذه القضية ، ان عقدا ابرم باريس بتاريخ 8 يوليو (وز) 1977 ، بـ شركة فرنـــــــــــسية تـــــــــــدعى (**Bourdon**) والـــــــــــسيد (**Tradieu**) فرنسي ا نسية ايضا ، وجبه اوكلت الشركة ذا ا واطن الفرنسي ان ثلها لغرض بيـع منتجاتا كولومبيا ، وقد ادرج هذا العقد شرط كيم يش ا اختصاص كمة كيم غرفة التجـارة الدولية فيما ينشأ عن هذا العقد من نزاع ، و اثر ابرام العقد نشأ نزاع بـ طرفيه صوص تنفيذه ، ا دعى بالشركة للجوء ا كمة باريس الابتدائية ، مطالبة ابطال العقد للغش الذي ارتكبه ا دعى عليـه ، كمـا طالبت بالتعويض عن الاضرار ا قت الشركة نتيجة الاعمال ا قام با .

دفع السيد (**Tradieu**) بعدم اختصاص ا كمة استنادا ا شرط التحكيم الوارد عقـد ذي طبيعة دولية . و 6 اكتوبر 1978 ، اصدرت ا كمة قرارا بقبول الدفع وقضت بعدم الاختصاص ، لكون العقد يأخذ ا سبان مصا التجارة الدولية ، ومن يعد العقد ذو صفة دولية وان شرط التحكـيم يعـد صحيحا . طعن بذا ا كم امام كمة استئناف باريس ، وا قضت كم الف اما للحكم السابق ، اذ نفت الصفة الدولية عن هذا العقد ، وجاء تسبيب هذا ا كم ان العقد ابرم فرنسا ، وان طرفيه ملان

---

1) - **Cass Civ 4 / 6 / 1972 , Rev Crit , 1974 , P. 82 , Note Level .**

2) - **Cass Civ 7 / 10 / 1980 , Rev Crit , 1981. Note Master (J) .**

ا نسية الفرنسية ، وانما اقـرا ـضوع العقـد للقـانون الفرنـسي ، كمـا ان عملـة الوفـاء هـي (الفرنك الفرنسي) ، ولغة العقد هي اللغة الفرنسية ، ومن فان شرط التحكيم ذاتـه يعـد بـاطلا ، وان الاختصاص بنظر ال اع ا ترتب عن العقد يدخل اختصاص كمة باريس الابتدائيـة . طعـن الـسيد (**Tradieu**) بذا ا كم امام كمة النقض واستند طعنه على الا :

- اولا : ان ا كمة تأخذ الاعتبـار بـضابط قـانو مـؤثر عقـود التجـارة الدوليـة وهـو ضـابط (ـل التنفيـذ) فلـم تقـر بدوليـة العقـد رغـم ان تنفيـذه كـان واجبـا (كولومبيا).
- ثانيا : ان هذا الوكيل ضع للقانون الوط الكولوم .
- ثالثا : ان الاطراف قد اعترفـوا مـضمون العقـد باختـصاص الغرفـة التجاريـة الدوليـة ، ـا يؤكد بالطبيعة الدولية ذا العقد .

تستجب كمة النقض ذا الطعن واقرت 7 اكتوبر (تشرين الثا) 1980 حكم كمـة الاستئناف بعدم احتساب العقد ذا طابع دو . ونلاحظ من وقائع هذه القضية ما يلي :

- اولا : ان كمة باريس الابتدائيـة قـد اخـذت با عيـار الاقتـصادي ديـد صـفة الدوليـة العقد ، ومن قضت بعـدم اختـصاصها نظـر الـدعوى ، لكـون شـرط التحكـيم قد ورد عقد يتصف بالطابع الدو .
- ثانيا : رفض كمة اسـتئناف بـاريس ، ومـن بعـدها كمـة الـنقض التعويـل علـى ا عيـار الاقتصادي عند ديد الصفة الدولية العقد .
- ثالثا : ان الاخذ با عيـار القـانو و ديـد الـصفة الدوليـة العقـد ـل الـ اع يـستفاد هـذا ا كـم (فهـوم ا خالفـة) فمحكمـة الاسـتئناف وبعـدها كمـة الـنقض تقـضي الا بـان العقـد ا ـ م بـ طـرف يتمتعـان با نـسية الفرنـسية ويقيمـان فرنسا ، و ضعان عقد ا للقـانون الفرنـسي لا يعـد عقـدا دوليـا ، اي انـا اخـذت الاعتبار تركز عدت عناصر فرنـسا وهـي جنـسية الاطـراف ، ـل الاقامـة ، القـانون ا ختص ، لغة العقد ، عملة الوفاء، ومن ليس هناك ل لتحريك قواعد التنازع .
- رابعاً : أن هذا ا كم يأخـذ ا ـسبان بـدفع مهـم أبـداه الـسيد (**Tradieu**) يتعلـق كان التنفيذ وكونه يقع خـارج الاقالـيم الفرنـسي (كولومبيـا) وهـو عنـصر مهـم ديد الطبيعة القانونية لعقود التجارة الدولية[1] .

ويبدو أن اهل ا كمة عدم الاعتداد بذا العنصر يعود لسبب :

1. ان تطرق العنصر الأجن على العلاقة العقدية له صفة نسبية تلف من عقد لآخر ، فما يعد مؤثرا عقد قد لا يعد كذلك عقد آخر ، وهذا ما نلاحظه بالنسبة لضابط ل التنفيذ . إذ لا يعد مـؤثراً كـون ال اع نشأ مباشرة على اثر ابرام العقد وقبل تنفيذه .

2. ان العلاقة القانونية هذا الـ اع بطبيعتها تبدو مركزة أطار نظام قانو واحد وهو القانون الفرنـسي ومن تعد علاقة وطنية تة .

ـ خامسا : يعاب على هذا ا كـم شـأن ديـد صـفة الدوليـة علـى العقـد الأسـتناد علـى عنـصر القـانون الواجـب التطبيـق ، فقـد أوردت ا كمـة مـن بـ أسـبابا (ان الطرف قد أكدا اخضاع العقد لقانونهـا الفرنـسي ، ـا يؤكـد قناعتـهما بـان العقـد لايعد ذا طابع دو) وهذا تـسبيب غـ دقيـق ، إذ كيـف يكـون لأختيـار الطـرف للقانون الواجب التطبيـق علـى العقـد دور ديـد مـا اذا كـان هـذا العقـد قـد اكتسب الصفة الدولية من عدمـه ، فتكييـف العقـد ومـا اذا كـان دوليـا ام وطنيـا لا دده ارادة الطرف ، فاذا كان العقـد دوليـا فلـيس مقـدور الطـرف تغـ طبيعتـه وبا قابل فان كان العقـد وطنيـا فـلا ـال مـا ان نحـاه الطـابع الـدو . وعليـه فان عنصر القانون ا ختص الـذي أشـار إليـه ا كـم يبـدو عـد ا ـدوى لان ارادة الطرف ليس ا الدور ا ؤثر ديد الطبيعة الدولية او الوطنية للعقد[2] .

---

1) انتقاد موقف القضاء الفرنسي عدم اخذه ا سبان بعنصر مكان التنفيذ :

-Kassis (A) : Le Nouveau Droit Europeen des Contrats International , Librarie generale de Droit et de juarisprudence (L.G.D.j) , Paris , 1993 , P 69 .

2) د. عكاشة مد عبد العال ـ قانون العمليات ا صرفية ، ا صدر السابق ، ص 98 .

ـ د. سلامة فارس عرب ، ا صدر السابق ، ص 58 .

وهكذا نجد ان جانبا من القضاء قد عول على المعيار القانوني عند تحديد صفة الدولية لعقود التجارة الدولية ، ومع ذلك نجد ان جانبا من احكام المحاكم الفرنسية يناصرها بعض من الفقه ، قد اعتمد على مدى تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية كاساس لتحديد صفة دولية هذه العقود . وهو ما يسمى بالمعيار الأقتصادي وهذا ما سنتناوله في الفقرة الثانية .

ثانياً : دولية العقد وفقا للمعيار الاقتصادي (**Le Critere economique**) :

قبل الخوض في المعيار الاقتصادي يجدر بنا التأكيد اولا ، ان هذا المعيار ظهر في النصف الاول من القرن العشرين كتطبيق خاص في النظام القضائي الفرنسي ، وذلك بغية التحرر من التطبيق الواسع للمعيار القانوني من ناحية ، واقرار بعض الشروط الواردة في عقد دولي من ناحية ثانية على الرغم من بطلانا عندما يتضمنها عقد وطني .

من هذه الشروط صحة شرط الوفاء بالذهب (او على اساس سعر عملة اجنبية) وصحة شرط التحكيم الوارد في عقد دولي على الرغم من ان مثل هذه الشروط تعد باطلة بطلانا مطلقا لتعلقها بالنظام العام ، اذا وردت في عقد داخلي ، لذا فان اعتماد القضاء الفرنسي لهذا المعيار الهدف منها الوصول الى هذه النتائج من خلال مفهوم يتسم بالمرونة ، ويهدف الى تحليل الظروف المحيطة بالعقد للتأكد من اتصاله بعملية قانونية تتجاوز بالضرور حدود النظام القانوني الداخلي لدولة واحدة[1] .

الا ان القضاء الفرنسي الذي اعتمد هذا المعيار لم يسلك اسلوبا واحدا كاساس لتحديد صفة الدولية العقد بل هناك اكثر من اسلوب[2] .

1. العقد الذي يؤدي الى حركة مد وجزر للبضائع ورؤوس الاموال عبر حدود دولتين او اكثر .
2. العقد الذي يرتبط بعملية دولية تتجاوز بآثارها نطاق الاقتصاد الوطني .
3. العقد الذي يأخذ بالحسبان مصالح التجارة الدولية .

---

1) د. احمد صادق القشيري – الاتجاهات الحديثة، المصدر السابق، ص75 .
– د. جميل الشرقاوي – المصدر السابق , ص18.
2) د. سلامة فارس عرب – المصدر السابق ، ص 28 .

واذا كنا نعتقد بان هذه الاساليب يعا تدور حول فكرة واحدة ورها الاساسي ، هو العقد الذي ياخذ با سبان مقتضيات ومصا التجارة الدولية ، يث يؤدي ا تداول السلع وا دمات ورؤوس الاموال ء ا دود الدولية ، الا ان عرض هذه الاساليب لا لو من فائدة ، لذا سوف نتعرض ا با از شديد .

1. العقد الذي يؤدي ا حركة مد وجزر للبضائع ورؤوس الاموال ء حدود دولـتـ او اكثـر . (**L' idee de Flux et Reflux au - dessus des Frontieres**) :

ا ه القضاء الفرنسي تفسـ ه للقانون الصادر 5 اغسطس 1914 ، والـذي فـرض الـسعر الالزامي لاوراق النقد ، وا حصر تطبيقه العقود الوطنية دون الدولية ، فيكون الاتفاق على خلاف ذلك باطلا بطلانا مطلقا العقود الوطنية نظرا لتعلقه بالنظام العام الفرنسي ، وبا قابل يكون صحيحا العقـود الدولية ، لذا عرف القضاء الفرنسي العقد الدو ، بانه (ذلك العقد الذي يؤدي ا حركة البضائع ورؤوس الاموال ء ا دود الدوليـة) ، وينـتج عـن هـذا التعريـف للعقـد الـدو ظهـور نظريـة ا ـد وا زر (**Flux et Reflux**)[1] . فكل عقد لا يترتب عليه تصدير او است اد او ذهاب وعودة للقيم الاقتصادية بـ دولت او اكثر لا يعد عقدا دوليا ، حـ لو تضمن ذلك العقد عنصرا اجنبيا[2] .

وقد ظهرت هذه النظرية لاول مرة ديد الصفة الدولية العقد ، القضاء الفرنسي على يـد النائب العام الفرنسي (**Matter**) مرافعاته امام كمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 مـايو 1927 قضية (**Pelissier du Besset**) . وتتلخص وقائع هذه القضية ان عقد ا ار ابرم بـ شخص فرنـ ـسي ا نـ ـسية ، وآخـ ـر انكليـ ـزي ا نـ ـسية لـ ـه عقـ ـار كـ ـائن ا زائر ، والـ كانت حينه ضع للحكم الفرنسي ، وقد تضمن هذا العقد اشتراط الوفاء بالاجرة با نيه الاسترلي اما لندن او ا زائر وفقا لاختيار ا ؤجر .

(1 **-Jacguet (J) : Le Contrat International , Paris , Dalloze , 1992 , P. 9 ets .**

2) د. يل الشرقاوي ـ ا صدر السابق ، ص19 .

ثار الخلاف بين اطراف هذا العقد ، حول مدى صحة شرط الوفاء الالزامي بالعملة الاجنبية ، وفقـا للقانون الفرنسي[1] ومن المعلوم ان هذا الشرط كان باطلا في فرنسا ، وفقا للقانون الصادر في 5 اغسطس (اب) 1914 اذا ورد في عقد ذو طبيعة وطنية ، ومن ثم هل يسري هذا البطلان في العقود الدوليـة اذا مـا تضمنت هذا الشرط ؟ .

وقد ركزت المحكمة البحث في هذه القضية حول نقطة اساسية تتمحور فيما اذا كانت المحكمة امـام عقد وطني يخضع لقانون 1914 ، الذي يقرر بطلان الوفاء بالعملة الاجنبية ، ام انا بصدد عقد دولي ومن ثم لا يسري عليها هذا البطلان[2] .

وقد اخذت المحكمة في حكمها بما اورده النائب العام السيد (**Matter**) ، في مرافعاته بان العقد يعد دوليا ، اذا ترتب عليه حركات متقابلة للاموال على شكل حركات المد والجزر عبر الحـدود الدوليـة ، وبالنظر الى ان هذا العقد لم يؤدي الى دخول بضائع او نقود الى فرنسا . لذا فانه يخضع لقوانين النظام العام في فرنسا ، التي تقرر بطلان شرط الدفع بالعملة الاجنبية ، ولاعبرة بالجنسية الاجنبية لاحد اطراف العقد او حتى كليهما[3] .

---

1) ويرى الدكتور عز الدين عبد الله انه يجب التفرقة من الناحية القانونية بين اصطلاح (العملة التي يتعين الوفاء على اساسها) ويطلـق عليهـا بالفرنسية (**monnai de Compt**) وبالانكليزية (**Money of account**) وبين (العملة التي يتعين الوفاء بهـا) وتـسمى بالفرنسية (**Monnai de payment**) وبالانكليزية (**Money of payment**) ولهذا التمييز من اثـر في بيـان القـانون الواجب التطبيق على كل منهما ، فالاولى يتحدد بها مقدار ما يلتزم المدين بادائه ومن ثم تتعلق بماهية الالتزام (**In obligation**) ، امـا الثانية فيتحدد بها ما يوفى به ومن ثم فهي تتعلق بكيفية الوفاء بالالتزام اي كيفية تنفيذه (**Insulation**) ، والراجح ان العملة التي يـتعين الوفاء على اساسها تخضع لقانون العقد فاذا ما اخذ الاتفاق على العملة التي يتعين الوفاء على اساسها صورة (شرط الذهب او عملة اجنبية) خضعت صحت الشرط ونطاقه وآثاره لقانون العقد ، دون القانون الذي يحكم العملة ذاتها (**lex Montae**) ، ودون قـانون مكـان الوفاء ، اما العملة التي يتعين الوفاء بها فتخضع لقانون مكان الوفاء . في تفصيل ذلك : د. عز الدين عبد الله ـ القانون الـدولي الخـاص ، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي ، دار النهضة العربية ، 1969 ص 449 ، 450 .

2) د. سلامة فارس عرب ـ المصدر السابق ، ص28 ، 29 .

ـ د. عكاشة محمد عبد العال ـ قانون العمليات المصرفية ، المصدر السابق ، ص100 .

3) د. سلامة فارس عرب ـ المصدر السابق ، ص29 .

ووفقا ذا ا فهوم ديد الطابع الدو لعقود التجارة الدولية ، فانه ب ان يؤدي العقد ا حركة مد و جزر للقيم ا تبادلة ء ا دود الدولية[1] .

2. العقد الذي يرتبط بعملية دولية تتجاوز آثارها نطاق الاقتصاد الوط :

Le Contrat quilie a'Une Operation depassant le Cadre de L'economie Interne

اذا كان ديد صفة الدولية العقد وفقا للمعيار الاقتصادي يرجع للنائـب العـام الفرنـسي (**Matter**) ، وفقا لفكرة ا د وا زر للقيم الاقتصادية ، الا ان كمة النقض الفرنـسية فتـرة لاحقـة اعتمدت هذا ا عيار ولكن بثوب جديد ، وت ير اخر قوامة (ان العقد الدو هو الذي يقوم علـى عمليـة تتجاوز نطاق الاقتصاد الداخلي)[2] .

وتدور احداث هذه القضية عقد بيـع ابـرم بـ فرنـسي (ا ـشتري) وشـركة البائيـة (البائعة) ، موضوع هذا العقد شقة كائنة فرنسا ، وقد تضمن هذا العقد شرط الوفاء بقيمة الشقة با ارك الا ا تودع حساب البنك الا ا ، الذي قام بقرض الشركة البائعة على اساس سعر ا ارك الا ا .

وعلى الرغم من اتصاف هذا العقد بالطابع الوط ، كونه متعلقا بعقار كـائن فرنـسا ، الا ان ا كمة قررت ان هناك علاقة وثيقة بـ هذا العقد (عقد بيع الشقة) وبـ عقد القرض الذي ابرمته الشركة البائعة ، ساب ان ابرام القرض مع ا صرف الا ا لا ام بناء العمارة ال بيعت منها الشقة ل العقد ، عل شرط الدفع بقيمة ا ارك الا ا واردا عقد يتصل بعملية دولية ، اي يتصل بعقد القرض مع ا صرف الا ا ، ومن يز الالتـزام بالوفـاء علـى اسـاس سـعر ا ـارك الا ـا . وقـد اكـدت ا كمـة

1) ومن ا دير بالذكر ، ان ما تبنته كمة النقض الفرنسية ديد صفة الدولية العقد ، كان له الاثـر الواضح امام القضاء ا ختلط ا صري ، فقد اخذت كمة القاهرة ا ختلطة با عيـار الـسابق قـضية موريس فرحات ضد البنك الزراعي ا صري ، واعلنت بتاريخ 25 مارس 1935 أنه لكـي يكتـسب العقد صفة الدولية ب ان يؤدي ا انتقال الاموال والبضائع ء ا دود الدولية شكل مد وجـزر او ذهاب وعودة . كما اخذ بفكرة (**Matter**) العديد من احكام القضاء الفرنسي وخاصة عقـود القروض الدولية ، كما اخذت كمة النقض الفرنسية بالفكرة السابقة احكام حديثة ال عقد البيع الدو منها :

-Cass 22-1-1989 , Clunet , 1989 , P. 102 . Note Loquin (E) .

-Cass 29-10-1990 , Clunet , 1991. P. 414 . Note Loquin (E) .

2) عرض ذلك : د. يل الشرقاوي ـ ا صدر السابق ، ص14 .

حكمها هذا الطابع الدو لعملية ما لا يتوقف بالضرورة على جنسية الاطراف او على ا كان ا تفـق عليـه لتسويتها ، ولكن على طبيعتها ، وعلى كافة العناصر ال تدخل الاعتبار لتمنح حركة الاموال ال تنطوي عليها طابعا يتجاوز نطاق الاقتصاد الداخلي .

ويتضح من ذلك ان القضاء الفرنسي اوجد لفكرة العقد الدو وفقا للمعيار الاقتصادي ، مع الفا عناه نطاق تنازع القوان ، قوامه اعتباري اقتصادي ، يؤسس على اوز آثار العقد لاقتـصاديات دولـة واحدة ، بغض النظر عن العناصر القانونية ، ال كن ان تتطرق للعقد ، كا نسية الاجنبية لاحـد اطـراف العقد او مكان الابرام او مكان التنفيذ[1] .

فالصفة الدولية للعقد وفقا ذه النظرة تعتمد على العلاقة , ال ب ان تاخذ الاعتبـار مـدى خروج اقتصاديات العقد عن نطاق الاقتصاد الوط ، كان يتضمن العقد است اد بضائع مـن ا ـارج ، او تصدير منتجات وطنية ا دولة اجنبية ، لذا جازت كمة النقض وفقا ذه الت يرات صحة شرط الذهب او صحة الوفاء بالالتزام بعملة اجنبية نطاق عقد يتسم بالطابع الداخلي ، مستندة ذلك ا وجـود صـلة وطيـ -ـدة (**etroite correlation**) انشأتا الشركة ا قترضة ب عملياتا الداخلية وب قروضها ا ارجية[2] .

ووفقا ذه الفكرة يعد عقدا وطنيا عقد القرض الذي لايؤدي ا حركة الاموال ع ا دود ، كونه لا يتجاوز نطاق الاقتصاد الداخلي ، ح لو اشتمل على عنصر اجن ، لان دولية العقـد وفقـا للمعيـار الاقتصادي يتوقف على مضمونه والطبيعة الاقتصادية للعملية ال يستند اليها ، وال تعد بوجه خاص سـبب وجودها وتتمثل حركة الاموال والقيم الاقتصادية من دولة ا اخرى .

---

1) -Fouchard (ph) : Quand Un arbitrage est-il International - Rev Arb , 1970 , P. 59 .

2) -Cass Civ 7-10-1980 , Rev Crit , 1981 , Note Sous Mester , P. 313 .

3. العقد الذي يأخذ ا سبان مصا التجارة الدولية :

Le Notion de Contrat qui met en jeu des Interets du Commerce International

من ليل موقف القضاء الفرنسي ، د انه يذهب تطبيقه للمعيار الاقتصادي ، وفقا لتفـسـ ات عدة ، وذلك بدف الافلات من تطبيق قاعدة قانونية معينة غ مرغوب تطبيقها بغية ريـر العقـد مـن القواعد الامرة ، ال تعرقل مصا التجارة الدولية وفقا لوجهة نظره[1] .

لذا ذهب القضاء الفرنسي ، ا اتباع فكرة جديدة لوصف دولية العقد نطاق ا عيار الاقتصادي ، مفادها ان العقد الدو ، هو العقد الذي يتصل صا التجارة الدولية. وقد اوجد القضاء الفرنـسي هـذه الفكرة ناسبة صحة شرط التحكيم الوارد عقد دو ، على اثر قضية (**Mardele**) 19 ف ايـر 1930 [2] .

وتتلخص وقائع هذه القضية عقد بيع ابرم غي فرنسا ب فرنسيا ، له تصدير كمية من القمـح من دولة (تشيلي) وفقا لشروط عية لندن لتجارة ا بوب ، على ان يكون الوفاء بالثمن بشيك يـدفع لندن ، وقد تضمن هذا العقد على ان اي نزاع يثار بصدد تنفيذه او تفسه ل بواسطة التحكـيم ، وفقـا لشروط عية لندن لتجارة ا بوب . و ناسبة عرض ال اع على كمة استئناف باريس ، قررت بطلان شرط التحكيم ، واستندت ذلك كون العقد ابرم فرنسا ، وان اطرافه فرنسيو ا نسية ، ومكان الدفع والتنفيذ كائن فرنسا . وعليه فان العقد لا شك ضع لاحكام القانون الفرنسي وفقا للمادة 1006 مـن قـانون ا رافعات الفرنسي ا ديد ، ال تقرر بطلان شرط التحكيم الذي توبه العقد[3] .

وعندما طعن با كم امام كمة النقض ثت ا كمة مدى سريان هذا البطلان على العقود الدولية ، ومـا هـو ا عيـار الـذي يتحـدد علـى اساسـه صـفة الدوليـة العقـد ، لـذا

---

1. د. من عبد اليد ـ تنازع القوان علاقات العمل الفردي ، منشأة ا عارف ، الاسكندرية ، 1991 ، ص29 .
2. -Cass Civ 19-2-1930 . Rev Crit 1931 . P. 514 . Sirey , 1933 , P 1041, Note Niboyet .

ـ أشار اليه د. سلامة فارس عرب ـ ا صدر السابق ، ص33 ، 34 .

3. قانون ا رافعات الفرنسي رقم 81 / 500 الصادر 12 / 5 / 1981 .

قررت ا كمة ان ا ـادة 1006 مرافعـات فرنـسي لا تتعلـق بالنظـام العـام فرنـسا ، ومـن فإن هذا البطلان اذا كان يسري دون شك نطاق العقود الوطنية ، إلا انه لا يسري ال العقود الدولية ، الـ تكتـسب هـذه الـصفة لكونـها تأخـذ ا سبان مـصا التجـارة الدولية[1] .

ويلاحظ ان فكرة العقد الذي يأخذ ا سبان مصا ومقتضيات التجارة الدولية ، هي الفكرة ال استقرت القضاء الفرنسي ، تعبـ ا عن ا عيار الاقتصادي لدولية العقد[2] . غ ان التعريف الاقتصادي للعقد وفقا قتضيات ومصا التجارة الدولية ، يعد تعريفا غ دد ، فضلا انه يترك للقضاء سلطة تقديرية واسـعة لتحديد ما اذا كان العقد يأخذ ا سبان مصا التجارة الدولية من عدمه ، فاحتساب العقد دوليا فيما لـو تعلق صا التجارة الدولية ، كما ذهب بعض الكتاب هو تعريف للدولية بالدولية[3] .

وهكذا نصل ا ان القضاء الذي اقام ا عيار الاقتصادي جعل له صورا ثلاث ، وان كانـت يعـا تتدرج اطار اقتصادي واحد ، يتمثل العقد الذي يؤدي انتقال القيم الاقتصادية ء ا ـدود الدوليـة . فالعقد الذي يقرر شرط الذهب او العملة ا تفق عليها ، يتمثل فكرة العقد الذي يؤدي ا حركة مد وجزر للبضائع والنقود ء ا دود . والعقد الذي يقرر السعر الالزامي ، يستند ا موضوع العملية العقدية وآثارها اي كون العقد قد اوز الاقتصاد الوط للدولة ، حـ د ان العقد الذي يز شرطا منها ا ا هو عقـد يتعلق صا التجارة الدولية .

---

1) كما اخذ القضاء الفرنسي بذه الفكرة ديد صفة الدولية العقد العديد من احكامه ، عرض هذه الاحكام ، د. سلامة فـارس عرب ـ ا صدر السابق ص33 وما بعدها . د. عكاشة مد عبد العال ـ قانون العمليات ا صرفية ، ا صدر السابق ، ص 102 وما بعدها . وقـد اقتفـى القـضاء الامريكـي بعـض احكامـه اثـر القـضاء الفرنسي , عندما اعتنق ا عيار الاقتصادي فهومه السابق ديد صفة الدولية العقد ، حيث اعتمدت ا كمة العليا الامريكية هذا ا عيار حكميهـا الـصادرين سـنة 1972 قـضية (**Zapata**) و عـام 1974 (**Sherk**) ، اشار اليها د. من عبد اليد ـ تنازع القوان ، ا صدر السابق ص27 .
2) حيث اخذ بذه الفكرة قانون ا رافعات الفرنسي رقم 81 / 500 الصادر 12 / 5 / 1981 ا ادة 1492 ال تقضي بأن " يعتـ دوليا التحكيم الذي يتعلق صا التجارة الدولية " ويتضح من هذا التعريف للتحكيم انه توي بطريقة غ مباشرة على تعريف للعقد الدو ، كما اخذ بذات الفكرة التعديل ا ديث للقانون ال تغا رقم 31 الصادر 29 اغسطس (اب) 1986 .
3) عرض ذلك (**Pescator**) ا ناقشات ال دارت مع القانون الدو اجتماعاته دينة (**Bole**) السويسرية سنة 1992 ، اشار اليه د. هشام علي صادق ـ القانون الواجب التطبيق، ا صدر السابق، ص84 ، هامش99.

ثالثا : ا عيار ا زدوج او اندماج ا عيارين :

يرجح بعض الفقه ا مع ب ا عيار القانو وا عيار الاقتصادي عند ديده صفة الدولة العقد ، اذ لا يكفي نظره ان يتوافر العقد عنصر اجن فحسب ، ح كن القول بدولية العقد ، بل يستلزم ايـضا ان يؤدي هذا العقد ا انتقال الاموال والقيم الاقتصادية ء ا دود الدولية ، يث يضفي على العقد طـابع يتجاوز الاقتصاد الوط لدولة واحدة[1] .

وقد تأكدت هذه النظرة بعض احكام القضاء الفرنسي ا ديث ، الذي اعتنق ديد دولية العقد معيارا مزدوجا ، مع ب ا عيار القانو من ناحية ، وا عيار الاقتصادي من ناحية اخرى .

نـش ا حكـم كمـة اسـتئناف بـاريس بتـاريخ 9 نـوفم 1984 قـضية (**Batylre**)[2] . وتتلخص وقائع هذه القضية بعقد وكالة ابرم السويد بـ شـركت سـويدية وشخص مل ا نسية الفرنسية ، موضوعه قيام هذا الاخ بتسويق منتجاتهما ا فرنسا ، وقد تضمن هـذا العقد شرطا يلزم الاطراف ل ا نازعات ا تعلقة بتنفيذ العقد وتفس ه عن طريق التحكيم .

وعند عرض ا اع على كمة استئناف باريس انتهت ا كمة حكمها ، ا ان العقد يعد عقـدا دوليا ، ومن فإن شرط التحكيم الوارد فيه يعد شرطا صحيحا . واستندت ا كمة ديد صفة الدولية العقد وفقا عيارين ، احد ا قانو يتمثل كون العقد قد ابرم ا ارج (السويد) ، كما ان احد اطراف العقد اجن ا نسية (ا نسية السويدية للشركت) ، والاخر اقتصادي فقد اكدت ا كمة ان العملية العقدية تـ ـدف ا

---

1) - **Mayer (P) : Droit International Prive', 4 ed , OP . Cit , P. 437 .**

2) - **Cour d'apple Paris 9-11-1984 , Clunet , 1986 , P. 1039 , Note Loquin .**

ـ اشار اليه د. عكاشة مد عبد العال ـ قانون العمليات ا صرفية ، ا صدر السابق ، ص98 .

تشجيع الاستـ اد ا فرنسا منتجات وبضائع انتاجها ا ارج (السويد)[1] .

رابعا : تقدير معايـ دولية العقد :

من استعراضنا معايـ دولية , العقد وجدنا ان الفقه التقليدي يكتفي لاتصاف العقد بالطابع الدو ، ان يكون على اتصال باكثر من نظام قانو يعود ا دول متعددة ، من خلال عناصر العقد , الـ قد تكـون شخصية كضابط جنسية الاطراف او موطنهم او ـل اقامتهم ، و قد تكون موضوعية كضابط مكان الابـرام او مكان التنفيذ ، ومن فان توافر احد هذه الضوابط كا بذاته عد العقد ذا طبيعة دولية , ومن تطبيق قواعد القانون الدو ا اص .

الا ان هذه النظرة لدولية العقد ـل انتقاد ، وذلك كونها تساوي بـ يع العناصر القانونية ، بغـض النظر عن كون هذه العناصر مؤثرة او فعالة ام انها لا تشكل اية ا ية خاصة الرابطة العقدية ، لذلك ا اه الفقه ا ديث ا ؤيد للمعيار القانو , ا عدم الاعتراف بالطابع الدو للرابطة العقدية لمـرد اشتما ا علـى عنصر اجنـ . بل ان الامر تاج بالضرورة ليل الرابطة القانونية ، وبيان طبيعتها ، مدى كفايـة العنـصر الاجنـ وتأثـ ه ، فقد يكون العنصر الاجنـ مؤثرا وحا ا رابطة عقدية معينة ، بينما لا يكون كـذلك رابطة اثلة ، لذا فان اعمال ا عيار القانو ب ان يأخذ ا سبان مدى فاعلية او تأثـ العناصر القانونية الرابطة العقدية من خلال تكييفها بقصد ديد الطبيعة القانونية للعقد ، فيما اذا كنا بصدد عقـد دو مـن عدمـ ـ ـ ـ ـ ـ ـه[2] . و تقـ ـ ـ ـ ـ ـ ـديرنا للمعيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـار الاقتـ ـ ـ ـ ـ ـ ـصادي نلمس :

---

1) وقد سبق للقضاء الفرنسي اعتماده للمعيار ا زدوج ديد صفة الدولية العقد مواقف تلفة ، منها حكم كمة استئناف تولـوز 26 / 10 / 1982 نزاع بـ شركة ايطالية وشخص فرنسي كان وكيلا للشركة تسويق منتجاتها فرنسا ، حيث استندت ا كمة وصف العقد بالطابع الدو ا اختلاف جنسية اطراف العقد (ا عيار القانو) فضلا عن كون العقد متعلقا قتضيات التجارة الدولية . واشارت ا كمة تأييد مسلكها بالقول (... فا عياران يصعب الفصل بينهما . واندماجهما معا هو الذي سد مليا العنصر الاجـنـ العقد ا يضفي عليه الطابع الدو) . د. هشام علي صادق ـ القانون الواجب التطبيق ، ا صدر السابق , ص94 .

2) -Glavinis (P) ; Le Contrat International . OP . cit . P. 413 .

1. ان المعيار الاقتصادي في تكوينه يعد معيارا قضائيا استخدمه القضاء الفرنسي ، وجعل له معنى مغايرا عن معناه في اطار قواعد تنازع القوانين , يرتكز على مقومات اقتصادية مستوحاة من مقتضيات ومصالح التجارة الدولية ، وحركة المد والجزر للبضائع والعملات عبر الحدود ، وذلك بالنظر الى موضوع العلاقة العقدية ونتائجها الاقتصادية ، دون ان يقيم وزنا لاي عنصر اجنبي تتضمنه هذه العلاقة[1] .
2. اختلاف القضاء الفرنسي في تعريف العقد الدولي وفقا للمعيار الاقتصادي ، فمن خلال احكام القضاء الفرنسي السابق تحليلها ، نجد ان هناك من يعرف العقد الدولي بانه : (العقد الذي يؤدي الى حركة مد وجزر للبضائع والعملات عبر الحدود بين دولتين او اكثر) ، وهناك من يعرفه بانه (العقد الذي يتجاوز الاقتصاد الوطني لدولة واحدة) ، وآخر يعرفه بانه (العقد الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية) . والملاحظ ان هذه التعريفات تجعل من الصعوبة في كثير من الاحيان تحديد المقصود بها بصورة دقيقة ، نتيجة لكونها تندرج في اطار اقتصادي واحد ، وهو ايضا غير واضح المعالم[2]
.
3. يؤكد بعض الفقه ان تعريف العقد وفقا للمعيار الاقتصادي من قبل القضاء الفرنسي ، يعد تعريفا فرنسيا بالمعنى الدقيق ، بمعنى انه يرتبط بالظرف الاقتصادي للمجتمع الفرنسي ، الامر الذي قد يؤدي الى اختلاف هذا التعريف من قبل دولة اخرى ، وهذا ما يتعارض مع فكرة عمومية العقد الذي يجب ان تكون واحدة التطبيق[3] . فضلا عن ذلك فان تطبيق المعيار الاقتصادي كان الهدف منه عدم تطبيق بعض القواعد الامرة في القانون الفرنسي ، كما بينا سابقا .
4. يؤكد بعض الفقه ان الدقة في العمل القانوني , تلزم ان لا نطلق على المفهوم الاقتصادي للعقد الدولي اصطلاح معيار (**Critere**) بل ان ذلك يتعلق بمجرد شرط (**Condition**) لتطبيق حلول موضوعية معينة ينظمها القانون الفرنسي ، كصلاحية شرط الدفع بالذهب

---

1) د. منير عبد المجيد – تنازع القوانين ، المصدر السابق ، ص28 .
2) د. جميل الشرقاوي – المصدر السابق ص19 وما بعدها .
3) د. منير عبد المجيد – تنازع القوانين ، المصدر السابق ، ص28 .

او بعملة اجنبية ، او صلاحية اتفاق التحكيم واستقلاله عن العقد[1] .

5. من ليل تلف الا اهات الفقهية والقضائية ديد صفة الدولية العقد , يتضح عدم التعارض ب ا عيار الاقتصادي وا عيار القانو ، فكل عقد دو با ع الاقتصادي هو بالضرورة دو با ع القانو . ع ان اشتمال العقد ركة انتقال السلع والبضائع والاموال ع ا دوداو كونه يتعلق صا التجارة الدولية . ا ا يع توافر العنصر الاجن فيه ، ويتمثل هذا العنصر ل العقد او الدولة ال اســت اد البضائع او الاموال منها او تصديرها اليها , ومن يتصف هذا العقد بالطابع الدو دون النظر ا جنسية اطرافه ، سواء كانوا وطني ام اجانب فالعقد ا م ب وطني دولة القاضي ، قد يكون دوليا اذا كان له تصدير او است اد لبضائع او اموال كائنة دولة اجنبية ، ولتوضيح ذلك نضرب ا ثال التا .

لو انه عقد ابرم بغداد ب بائع جزائري مقيم ا زائر ، ومشتري عراقي يقيم العراق ، لـ ه كمية من ا وز واجبة التسليم احد موا ء البصرة ، على ان يتم دفع الثمن ا زائر . فمثل هـذا العقـد يشتمل على ا عيارين معا ، فاختلاف جنسية الاطراف و ل اقامتهم واختلاف مكان استلام وتـسليم ـل العقد ، كل ذلك يؤكد ا عيار القانو اي كون العقد قد اتصل باكثر من نظام قانو واحد ، كما انه يؤدي ا انتقال البضائع والاموال ع ا دود الدولية ، وكونه متعلق صا ومقتضيات التجارة الدولية . بل ح الفرض كون اطراف العقد متمتع نسية دولة واحدة ، ومتوطن فيها الا ان له تصدير واست اد بضائع ا دولة اجنبية على ان يدفع الثمن بعملة هذه الدولة . فمثل هذا العقد يعد مستغرقا للمعيارين معـا[2] .وهـذا لاف ما ذهب اليه بعض الفقه التقليدي الذي يتصور خطأ ، ان الصفة الاجنبية ا وجبة لدولية العقد هي ال تتطرق لأطرافه ، متجاهلا بقية العناصر ا ؤثرة ، سبب التعاقد ، مكان التنفيذ ، مكان الابرام ، العملة ا تفـق عليها . . . ا [3] .

---

1) د. أ د عبد الكر سلامة ـ علم قاعدة التنازع ، ا صدر السابق ، ص1091 .

2) د. من عبد ا يد ـ قضاء التحكيم منازعات التجارة الدولية ، دار ا طبوعات ا امعية ، الاسكندرية ، مصر ، 1995 ، ص20 .

3) د. هشام علي صادق ـ القانون الواجب التطبيق ، ا صدر السابق ، ص86 ، 87 .

ووفقا لذلك فان كل عقد دو با ع الاقتصادي ، هو بالضرورة دو وفقا للمع القانو ، الا ان العكس ليس صحيحا . فالعقد الدو الذي يرتبط من خلال عناصره باكثر من نظام قانو ، قد لا يؤدي ا انتقـال البضائع والاموال ع ا دود او كونه يتعلق صا التجارة الدولية ، على اساس ان العناصر الـ يتـضمنها العقد الدو قد لا تكون مؤثرة قتضيات ومصا التجارة الدولية .

خامسا : معيار دولية التحكيم التشريعات ا قارنة :

رأينا ما سبق أن التحكيم يكتسب صفته الوطنية أو الدولية من طبيعة العلاقة العقديـة موضـوع التحكيم ، ومن يعد كيما وطنيا ، التحكيم الذي يتعلق عاملات وطنية خالصة ، ويفصل بينهما كمون وطنيون ، وينفذ حكم التحكيم ذات الدولة . أما التحكيم الدو فهو الذي يتصل بعلاقة ذات طبيعة دولية دخلت الدولة عن طريق أحد عناصر العلاقة العقدية أو كونا ذات صلة صا ومقتضيات التجارة الدولية . هذه ا قيقة تدعونا ا القاء نظرة على تشريعات التحكيم بعض الدول ، لنرى مدى اسـتجابتها لتلـك ا قيقة . وسنأخذ مثالاً لذلك التشريع الفرنسي وا زائري والعراقي .

1. التشريع الفرنسي :

أورد ا شرع الفرنسي ا رسوم رقم 81 / 500 الصادر 12 مايو 1981 ، وا تضمن قـانون ا رافعات ا دنية ا ديد ، تعريفا للتحكيم الدو ا ادة 1492 ، الـ نصت بأن (التحكيم يكون دوليـا ، اذا تعلق صا التجارة الدولية)[1] . ومن هذا النص يتضح أن ا شروع الفرنسي اعتمد معيارا مستمدا من موضوع الـ اع ، لإسباغ صفة الدولية على التحكيم ، دون الالتفات ا العناصر القانونيـة ذات الـصلة بالعلاقة العقدية ، مثل مكان ابرام العقد او جنسية اطرافه ، او جنسية ا كم ، او مكان التحكيم ، او القانون الواجـــب

1) وقد عا ا شرع الفرنسي التحكيم الوط با رسوم الصادر بتاريخ 19 مايو 1980 ا واد من 1442 - 1491 و در الاشـارة ا ا شرع الفرنسي وفقا لتلك ا واد ، يتعرض لتعريف التحكيم الوط بذاته ، اما التحكيم الدو فقد عا ه ا شرع الفرنسي ا واد مـن 1492 - 1507 وجب ا رسوم ا شار اليه اعلاه . عرض ذلك د. سلامة فارس عرب ـ ا صدر السابق ، ص579 .

التطبيق عليه . فالع ة اذا بطبيعة العلاقة ، فيكون التحكيم دوليا اذا موضوعه فض نزاعات ذات طبيعة دولية[1] .

وا ـدير با لملاحظة[2] ، ان ا ـشرع الفرنسي تعريفه للتحكيم الدو وفقا للمعيار السابق ، تأثر ـا استقر عليه القضاء الفرنسي قبل إصدار هذا القانون ، كما فسر القضاء الفرنسي فيما بعد نص ا ادة 1492 وفقا ـعيار اقتصادي فحواه (ان الطابع الدو يتحدد بصفة اساسية بالنظر ا العملية الاقتصادية ال ترتبط بها ويكفي ان يترتب على هذه العملية حركة انتقال البضائع وا ـدمات ع ا ـدود ، وبصرف النظر عن مكـان التحكيم او القانون الذي ـكم اجراءاته او جنسية الاطراف) .

2. التشريع ا ـزائري :

استمرت ا ـزائر اصدار التشريعات ، وا ها ا ـرسوم رقـم 93 - 09 ، الـصادر 25 / 4 / 1993 والذي ادخل قانون الاجراءات ا ـدنية عدة تعديلات خاصة بالتحكيم الدو ، حيث نص ا ـرسوم ا ـذكور القسم الاول ، ـت عنوان احكام عامة ، على دولية التحكيم ، حيث نصت ا ادة 458 مكرر (يعتـ دوليا ـفهوم هذا الفصل ، التحكيم الذي ـص ال اعات ا ـتعلقة ـصا التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر او موطن احد الطرف على الاقل ا ـارج) ، وما ـكن استخلاصه من هذا النص انه اعتمـد علـى معيارين احد ا قانو والاخر اقتصادي ، اي لغرض تقرير دولية العقد ـب التحقق من وجود عنصر اجـ الرابطة العقدية (ا ـعيار القانو) وعلى التأكد من انها تتعلق ـصا التجارة الدولية (ا ـعيار الاقتصادي) .

ويترتب على هـذا ا ـسلك بالـضرورة التـضييق مـن معيـار دوليـة العقـود ، يـث لا يؤدي ـرد تضمنها العنـصر الاجـ ا اعمـال قواعـد القـانون الـدو ا ـاص ، وا ـا يـتع

1) د. فوزي ـمد سامي ـ التحكيم التجاري الدو ، مطبعة جامعة بغداد ، 1992 ، ص102 ، 103 .
ـ د. ا ـد حسان الغندور ـ ا ـصدر السابق ص59 .

2) كما اكد القضاء الفرنسي بدرجاته ا ـختلفة ان التحكيم الذي يتم بـ شركة فرنسية وشركة اجنبية لتسوية نزاع حاصل ـناسبة تنفيذ عقـد يتعلق بتسليم بضاعة ا ـارج ، يعد ذا طابع دو ـ كان يثـ مصا التجارة الدولية .
ـ د. منـ عبد ا ـيد ـ تنازع القوانـ ، ا ـصدر السابق ، ص20 .

ذا الإعمال ايضا ان تدف الرابطة العقدية ، ا انتقال للاموال أو ا دمات ء ا دود ، ومن الواضح جدا تأثر ا شرع ا زائري بالقضاء الفرنسي ا ديث الذي ع ب ا عيارين . حيث اكدت كمة النقض الفرنسية حكمها الصادر 4 يوليو 1972 . دولية العقد وبالتا صحة شرط التحكيم ا درج به . كذلك اتبعت كمة استئناف باريس حكمها الصادر 9 نوفم 1984 ، نفس ا نهج السابق حينما انتهت بـ دورها ا دولية العقد ا م السويد ب شركة سويدية وشخص فرنسي ، قتضاه ويل هذا الاخ ا ـق تسويق منتجات الشركة فرنسا بوصفه وكيلا عنها واستندت ا كمة تقرير دولية العقد ، ا كونه قـد ابرم ا ارج مع شركة اجنبية ، وهو ما يفيد توافر ا عيار القانو ا ستمد من العناصر الاجنبية ا تتضمنها الرابطة العقدية . واشارت ا كمة ا ما ستؤدي اليه العملية العقدية من تشجيع للاست اد ا فرنسا لبضائع انتاجها دولة اجنبية وهو ما يع قق ا عيار الاقتصادي على النحو الذي حددناه بالاضافة ا توافر ا عيار القانو [1] .

وحسنا فعل ا شرع ا زائري عندما اخذ با عيارين معا اشيا مع ارب الدول الرائدة هذا ا ال لا سيما فرنسا ، مركزا على ا اه موقف القضاء فيه ، تاركا ا اه القانون الذي ركز على ا عيار الاقتـصادي فقط .

---

1) – راجع نقض فرنسي صادر بتاريخ 4 / 7 / 1972 . . . **Rev. Crit** 1974 ، ص82 ، مع تعليق **Level** .
– و ا كم ا نشور **Clunet** ، 1986 ، ص1039 ، مع تعليق **Loquin** .
– نقلا عن د. هشام علي صادق ـ ا صدر السابق ، ص92 .
– كذلك اشار الدكتور ند اسعاد ، بان ا شرع الفرنسي ، اخذ با عيار الاقتصادي فقط ، وذلـك با ـادة 1492 قـانون الاجراءات ا دنية الفرنسية . اما ا شرع السويسري ، فقد اخذ با عيار القانو فقط وذلك با ادة 176 / 1 القانون الـدو ا اص .

- ISSAD (M) : Le decret legislalif – Algerien des 25 Avril 1993 , reletif a L'arbitrage international – Revue de L'arbitrage , ed librairies techniques , Paris 1993 .

No. 3 , P. 382 .

واخ ا تب لنا التحول العميق الذي مس نظرة ا زائر كيفية حل ال اعات ا تعلقة بعقود التجـارة الدولية وال كانت تفضل تطبيق القانون الوط . وان ا اكم الوطنية هي ا ختصة ، فعاد الاختصاص يئات كيمية دائمية ، هو مؤكد الاتفاقات الثنائية ال ابرمتها ا زائر مع دول اجنبية .

3. التشريع العراقي :

اسلفنا القول با ية التمييز ب التحكيم الوط والتحكيم الدو ، بالنظر ا ما ينفرد به هذا الأخ من ات تستوجب إفراده باحكام خاصة ، غ اننا د ان ا شرع العراقي يو اي اهتمـام بـالتحكيم الدو . اذ نلاحظ ان نصوص قانون ا رافعات ا دنية رقم 83 لسنة 1969 الذي نظم التحكيم 26 مادة ابتـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـداءا مـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـن ا ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـادة 251 - 276 ، قد جاءت خالية من أية اشارات ا حلول تنظم مسائل التحكيم التجاري الدو ، هـذا ا وقف السل د ما يسوغه ، لا سيما وان هورية العراق تعد من الدول ال لك امكانات اقتـصادية و ارية مؤثرة وقد سبق ان ابرمت عدد من العقود التجارية الدولية مع شركات خاصة اجنبية ، قبلت صراحة اللجوء ا التحكيم التجاري الدو [1] . اذ كيف كن القول بقبول مبدأ التحكيم التجاري الـدو ، دون وجود قانون خاص يرتكز عليه وينظمه .

لذا نأمل من ا شرع العراقي العمل بصورة جدية على اصدار قانون خاص بالتحكيم، يعا فيه بصورة منفردة كلا نوعي التحكيم واقتفاء اثر التطورات ا ديثة مسائل التجارة الدولية والتحكيم التجاري الدو .

1) عـرض ـاذج ـذه العقـود ، د. طـلال ياسـ العيـسى ـ العقـود الدوليـة وتطبيقاتـا القـانون العراقـي ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1996 ، ص190 .

ـ كذلك يد يونس ـ شرط التحكيم ومدى قابلية ا كمة على حكم ا كم التشريع العراقي ، لة القضاء العدد الثـا 1998 ، ص126 .

البـــــــاب الأول

تكوين عقد الترخيص الدولي

الباب الأول
تكوين عقد الترخيص الدولي

تمثل العقود التجارية المظهر الرئيسي لنشاط التاجر في الحياة الاقتصادية . وذلك ان التاجر يمارس نشاطه في إطار نظام اقتصادي محدد , يقوم على الانتاج بقصد المبادلة النقدية , ويضطر التاجر الى إبرام العديد من العقود , سواء من أجل تحقيق شروط الانتاج او من أجل تسويق السلعة أو الخدمة التي قام بانتاجها . لذلك يخوض التاجر مبادلات عديدة باعتبار العقد الأداة النموذجية للتعبير عن هذه المبادلات , وقانوناً تلك المبادلات تسمى بالعقود التجارية[1] . ولا شك ان عقد الترخيص اصبح في الواقع المعاصر , من العقود التجارية المهمة وذلك نظراً لأحكامه التي جعلته استثناء من حيث الخضوع للقواعد العامة[2] , لأن هذا العقد الذي يرد على براءة الاختراع والمعرفة الفنية والعلامة التجارية على حد سواء , حيث ينشيء عند قيامه لاعتبارات عملية تحكم النشاط التجاري , مراكز ذات طبيعة خاصة هذا من جهه . كما اصبح من جهة اخرى حسب اعتقاد البعض , انه الوسيلة الأعتيادية الناقلة للتقنية على المستوى الدولي وتطويرها على المستوى الوطني . ولذلك فان تقنية براءة الاختراع , تزيد من اهميته بزيادة عددها واعتماد المؤسسات الصناعية على استغلالها وأستثمارها في الانتاج وتطويرها[3] .

بهذه الصورة فان عقد الترخيص الذي ينصب على استغلال براءة أختراع معينة , هو عقد من العقود التجارية القائمة على عمل تجاري وفقاً لمعيار المشروع *Entreprise* , ومعيار التداول الذي يستهدف عموماً تحقيق مردود ايجابي لأطرافه[4] . إذ يتم الترخيص

د. هاني محمد دويدار ـ النظام القانوني للتجارة ، العقود التجارية ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، بيروت ، 1997 ، ص9 .

د. باسم محمد صالح ـ العقود التجارية ، الاسس العملية والنظرية للالتزام والتنفيذ ، مجلة العلوم القانونية ، المجلد 8 ، العدد الاول والثاني ، سنة 1989 ، ص41 .

د. محمد حسين عباس ـ الملكية الصناعية والمحل التجاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1971 ، ص189 .

وفقا لمعيار المشروع ، تقوم عقود نقل المعرفة الفنية عموما على عنصرين ، هما قوة العمل وقوة رأس المال ، ويقوم على معيار التداول ، لان محلها التقنية او المعرفة الفنية المنقولة والتي لها قيمة اقتصادية تجعلها محلا قابلا للتداول من خلال المضاربة لتحقيق المردود الايجابي ، فهما المعيارات اللذان تناولتهما المادة 5 من قانون التجارة العراقي النافذ رقم 30 لسنة 1984 .

باستغلال براءة اختراع او بعض عناصرها لمدة معينة , مقابل الالتزام بدفع مبلغ معين يسدد دفعة واحدة أو بصفة دورية كأتاوة أوالمقابل يكون مزيج منهما .

فعقد الترخيص , صيغة جديدة من العقود الذي لم تخصص له القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية احكاماً خاصة به , او تضع له صيغة قانونية متفق عليها . ولكن ما يجمع هذا العقد بعقود نقل التكنولوجيا *Le Contral de Savoir Faire* , كونه يؤدي الى نقل العلم والتقنية او المعارف الفنية التي يحوزها احد طرفي العقد الى الآخر . ويقرر مشروع تقنين السلوك الدولي لنقل التكنولوجيا معنى نقل التكنولوجيا عموماً , بأنه (نقل معلومات فنية لاستغلالها في انتاج سلعة أو في تقديم خدمات فنية معينة)[1] . بذلك يتبين ان مفهوم عقد الترخيص يدور حول فكرة التقنية او المعرفة الفنية *Know – How* ونقلها لأطراف اخرى , ولعل من الأطراف التي تبرم مثل هذه العقود هي الدول النامية , التي تروم تحقيق مستوى من التطور يمكنها التخلص من مشاكلها الاقتصادية . لذلك تسعى هذه الدول بجهود حثيثة للحصول على المعرفة الفنية . ولغرض الوصول الى الهدف المذكور , كان لابد من إيجاد الوسائل اللازمة لنقل تلك المعارف الفنية بصورة قانونية[2] .

ويعتبر عقد الترخيص من أهم الوسائل وأخطرها في مجال نقل المعارف الفنية عموما , بيد أن ليس لهذا العقد نظام قانوني متكامل يحكم كيفية ابرامه وتنفيذه وأنقضائه , على الرغم من ان هنالك بعض القواعد المتناثرة التي تختص به , كالقواعد التي تضمنها المشروع تقنين السلوك الدولي لنقل التكنولوجيا وقوانين براءات الأختراع[3] .

ويمكن تعريف عقد الترخيص , بأنه تصرف قانوني يتنازل بموجبه صاحب البراءة , أو من آلت أليه حقوقها عن حقه الاستئثاري في احتكار استغلال اختراعه كلياً أو جزئياً ,

---

د. نداء كاظم المولى ـ الاثار القانونية لعقود التجارة الدولية لنقل التكنولوجيا ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1996 ، ص3 .

د. جلال احمد خليل ـ النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا الى الدول النامية ، مصر ، 1983 ، ص584 .

المرسوم التشريعي رقم 93-17 في 7 ديسمبر 1993 المتعلق بحماية الاختراعات في الجزائر ، وقانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية العراقي 65 لسنة 1970 .

وذلك خلال مدة معينة ولقاء مبلغ محدد , يسمى بالأتاوة[1] .

وبناءاً على ذلك فالعقد لا ينقل ملكية البراءة , فكل مايخوله للمرخص له هو التمتع بحق الاستغلال[2] . وهذه الخاصية هي التي تفرق عقد الترخيص عن البراءة *CESSION* , والذي يعد في حقيقته بيعاً للبراءة اذا كان بمقابل أو هبه اذا كان بدون مقابل , وتطبيق أحكام عقد البيع أو الهبة حسب الأحوال[3] .

والحقيقة ان جميع التعاريف التي قيلت في تعريف عقد الترخيص لم تكن جامعة , حيث ان الترخيص مثلما يرد على براءة الاختراع , يمكن ان يرد على المعرفة الفنية او العلامة التجارية او الصناعية او اي عنصر من عناصر الملكية الصناعية . لذا نعرف عقد الترخيص بأنه (أتفاق يلتزم بمقتضاه صاحب حق الانتفاع بالمعارف الفنية وعناصر الملكية الصناعية كافة , بأن يتنازل عن حقه الاستئثاري في الانتفاع كلياً أو جزئياً , الى شخص آخر (المرخص له) خلال مدة معينة ولقاء مبلغ محدد , يسمى بالأتاوة .

يبدو لنا واضحاً مما تقدم , ان عقد الترخيص لا ينقل ملكية البراءة او المعرفة الفنية او العلامة التجارية , بل يبيح للمرخص له حق أستغلالها فقط وهذا ما يجمع عليه الفقه , وعلى الرغم من المفهوم الخاص لهذا العقد , بكونه نوعاً خاصاً من الاجارة , فانه يخضع للقواعد العامة لسائر العقود[4] .

كما يعرفه الفقه المصري ومنهم الدكتور محمد حسين عباس على أنه (عقد يلتزم بمقتضاه مالك البراءة باعطاء حق استغلال البراءة او بعض عناصرها الى المرخص له مقابل التزام الاخير بدفع مبلغ من المال دفعة واحدة او بصفة دورية او بطريقة اخرى حسب الاتفاق) .

ـ د. محمد حسين عباس ـ التشريع الصناعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، *1967* ، ص*108* .

ـ كما يعرفه بعض من الفقه العراقي ومنهم الدكتور صلاح الدين الناهي بقوله (عقد تمكين من الانتفاع من صيغ وطرق يحتفظ المرخص بسرها ، لامن الانتفاع بها) . د. صلاح الدين الناهي ـ الوجيز في الملكية الصناعية ، دار الفرقان ، بغداد ، *1984* ، ص*327* .

ـ كذلك الدكتور علاء عزيز حميد ، عرفه بقوله (اتفاقا بين شخصين ينصب على الترخيص باستغلال براءة اختراع معينة) د. علاء عزيز حميد ـ عقد الترخيص ، رسالة ماجستير ، كلية النهرين للحقوق ، العراق ، *1999* ، ص*4* .

د. جلال احمد خليل ـ المصدر السابق ، ص*402* .

د. اكثم الخولي ـ الوسيط في الاموال التجارية ، ج*3* ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، *1964* ، ص*173* .

د. محمود الكيلاني ـ عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، ط*2* ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، *1995* ، ص*187* .

وبالنظر لكون هذا النوع من العقود يأخذ طابعاً دولياً في أغلب الأحيان , والذي يتسم بطابع عدم الأنعقاد الفوري بالنسبة لتلاقي الايجاب والقبول , بل يحتاج الى سلسلة من المفاوضات والمباحثات , التي تتم بدقة وعناية ترجع الى اهمية المصالح المعينة للطرفين , هذا من جانب ومن جانب آخر , ماتحمله هذه العقود من تعقيد , لما ترد عليه (المحل) , والتعارض الذي قد يحصل بين الأطراف في بعض الحالات حتى يتم توقيع العقد , لهذا ينبغي فحص هذا العقد في جميع مراحله التي تؤدي الى إبرامه .

وسوف نتناول بالبحث المرحلة السابقة على التعاقد , وهي مرحلة المفاوضات بين الطرفين , احدهما يحوز المعرفة الفنية وآخر يطلبها , وهذا سيكون موضوع الفصل الأول . ثم ننتقل بالبحث لمرحلة ابرام العقد , وهذه المرحلة يتم فيها تحرير العقد وتوقيعه , بحيث يصبح نافذاً منتجاً لآثاره ، وهذا سيكون موضوع الفصل الثاني .

الفصل الأول

المرحلة السابقة على التعاقد

(المفاوضات الأولية)

Les Negociations Preliminaires

ترتب العقود الدولية عامة عمليات تجارية مركبة , ولا يعد عقد الترخيص الدولي استثناءاً من هذه القاعدة المبنية على ملاحظات منطقية , فزيادة مطالب الأطراف المتلقية للتكنولوجيا وتنوع اشكال تدخل المشروعات العملاقة , حال دون أتمام توافق أرادات طرفي العقد بطريقة محددة ومبسطة في مرحلة واحدة تسبق قيام ارتباط تبادلي بين المتعاقدين .
فبين التعريف المبدئي للأهداف المشتركة وبين توقيع الاتفاقات النهائية , تمتد عملية تكوين العقد . اذ يتم أولاً التعارف بين أطراف العملية المرتقبة وتقدير بعضهم
البعض , وذلك بقصد أن يحققوا معاً عملاً ما , ثم تأتي بعد ذلك مرحلة توقيع الوثائق النهائية[1] .
وهذا التقارب بين الطرفين لا يتم بسهولة , لأنه غالباً مايعترض ذلك مشكلة سرية المعرفة الفنية *Probleme de secret* كمحل في العقد المزمع إبرامه , ولما تسببه هذه السرية من حساسية بين الطرفين , وتتمثل في أن مالك المعرفة الفنية *Savoir Faire* خشى ان يلبي طلب من يتفاوض معه بالكشف عن عناصر سرية البراءة او المعرفة الفنية , قبل ان يتأكد من التزام الطرف الآخر بتوقيع العقد . لأن هذه المرحلة صعبة وشائكة , فان مالك المعرفة الفنية او براءة الاختراع يحتاط بضمانات تكفل المحافظة على سرية المعلومات التي سيدلي بها كوسيلة ترغيب لمن يتفاوض معه , على ان هذه المرحلة قد تنتهي بابرام العقد وقد تنتهي الى عكس ذلك , كقطع المفاوضات[2] ، وبما ان التفاوض عبارة عن إسلوب يمكن عن طريقه التوصل الى التوفيق بين المصالح المتعارضة للمتفاوضين بالتراضي او بقبول الحلول الوسط , وكل ذلك على أساس من حسن النية المتبادلة والرغبة

د. نصيرة بو جمعة سعدي ـ عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي ، رسالة دكتوراه ، جامعة الاسكندرية ، *1987* ، ص*116* .

د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص*189* .

الصادقة في التوصل الى اتفاق[1] .

ومن أجل تسليط الضوء على هذه المرحلة المهمة , فلا بد من بيان مضمون هذه المفاوضات التمهيدية في مبحثٍ أول ، ومن ثم بيان أساس الالتزام بالادلاء بالمعلومات قبل التعاقد والجزاء المترتب على مخالفته في مبحثٍ ثانٍ .

د. محمد سعيد الخلفاوي ـ استراتيجيات واساليب التفاوض مع الشركات الموردة للتكنولوجيا ، بحث مقدم الى الندوة التي قدمتها اكاديمية البحث العلمي في القاهرة للفترة من *19* -*20* فبراير *1976* ، غير منشور .

المبحث الأول

مضمون المفاوضات التمهيدية

Le contenu des negociation preliminaires

اصبح من الواضح لأهمية المرحلة السابقة على التعاقد ، لأنها تعد أهم مرحلة وأخطرها ، وذلك لما ينبغي ان تنطوي عليه من تحديد لأكثر وأهم التزامات وحقوق طرفي العقد ، ولما ينشأ عن ذلك من مشاكل قانونية متعددة يتعلق بعضها بما يعقب الألتزامات المحددة سابقاً من اخلال , والذي يتسبب عن عدم أكمال العقد وأيقاف الخطوات التي اتخذت من قبل الطرفين وقطع المفاوضات .

وهذه المرحلة تستغرق وقتاً طويلاً اكثر من الوقت اللازم لابرام العقد , وبوجه خاص في العقود غير التقليدية التي لا تلائمها القواعد العامة[1] , للايجاب والقبول فهذه القواعد لم تعد قادرة على الاستجابة لضرورات وسائل الانتاج الصناعي وطرق التسويق الحديثة , كذلك لم تعد قادرة على مجابهة المخاطر التي تنطوي عليها عادةً العقود غير التقليدية[2] ، مثال ذلك عقود نقل التكنولوجيا عموماً وعقد الترخيص الدولي بوجه خاص[3] .

حيث ابرام هذا النوع من العقود يتطلب جهود مضنية في مرحلة المفاوضات ، لأنه فيها يحاول متلقي التكنولوجيا (المرخص له) القيام بالتأكد من ان التكنولوجيا محل العقد تتوافق مع احتياجاته من الناحيتين الفنية والأقتصادية . وهذا يتطلب من حائز التكنولوجيا

(المرخص) الكشف عنها ، سواء كان ذلك بشكل جزئي او كلي , وهذا بالطبع يؤدي الى تهديد حيازته لهذه التكنولوجيا , لأن المعرفة الفنية او براءة الاختراع تتكون من مجموعة عناصر تقنية وفنية ذات طابع سري في مجملها اوفي جزء منها .

مصطلح العقود غير التقليدية مصطلح منتقد ، لانه ليس هناك عقد تقليدي وعقد غير تقليدي في القانون .

ـ انظر د. أواز سليمان دزه يي ـ الالتزام بالادلاء بالمعلومات عند التعاقد ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، العراق ، 2000 ، ص2 .

د. محمد عبد الظاهر حسين ـ الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد ، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية ، ج2 ، 1998 ، ص727 .

د. نداء كاظم المولى ـ المصدر السابق ، ص31 .

فالحائز للمعرفة أو التقنية له حق الاستئثار بها بمقدار ما يمتنع على الآخرين الاطلاع عليها , فالسرية اما أن تكون مطلقة او نسبية , ولهذا يلجأ أطراف العلاقة القانونية الى ابرام عقد أولي (اتفاق ابتدائي) يلتزم بموجبه طالب المعرفة الفنية في مواجهة حائزها باحترام سرية المعلومات التي يتم الكشف عنها أثناء المفاوضات[1] .

ونجد ان قوانين البلاد العربية تهيل قدراً بالغاً من الأهمية على المراحل التالية على هذه المرحلة[2] ، فينصب الجزء الأكبر من نصوصها على موضوع ابرام العقد ومدى التزام الطرفين بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه .

كما نجد من النادر أن تفرد هذه التشريعات تنظيماً خاصاً بالمرحلة السابقة على التعاقد على الرغم من الدور الذي تلعبه المفاوضات في فروع القانون المختلفة على المستويين الداخلي والدولي ومن المكانة التي تحتلها على صعيد التجارة الدولية .

لذا يمكننا في هذا المجال ان نقدم نوعاً من العرض الزمني النموذجي الذي يمثل المراحل الأساسية للفترة السابقة على التعاقد , اذ تختلف المفاوضات التمهيدية باختلاف الأطراف وما يجري عليه عملهم , وجنسياتهم , ومطالبهم , وكذلك تخصصاتهم[3] .

ففي المرحلة الأولى , تتم الأتصالات بين الأطراف ولا تحركها هنا إلا أرادة غير محددة في اتمام مشروع ما ، ثم تتكشف الأرادات وتزيد وضوحاً وتحديداً , فتدور المناقشات حول شروط العقد المراد ابرامه , وتجري المباحثات ويختلف مضمون المباحثات باختلاف الطبيعة الصناعية للمشروع المقصود تنفيذه . فاذا تطورت المفاوضات الى صورة ايجابية , تتم صياغة العقد النهائي . لذا سنأتي على بيان ذلك تباعاً .

---

[1] د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص192 .

[2] من المعروف ان المراحل التي يمر بها العقد ، هي مرحلة المفاوضات ومرحلة التعاقد ومرحلة التنفيذ .

[3] د. نصيرة بو جمعة سعدي ـ المصدر السابق ، ص116 .

المطلب الأول

الدراســــــــات التمهيدية[1]

Les etudes Preliminaires

في الغالب تسبق عقود التجارة الدولية , مقدمات أو مراحل تمهد لابرامها . ويكون ابرام العقد بالنسبة لتلك العقود خاتمة محادثات او مساومات , يحاول من خلالها الطرفين التقرب الى بعضهم البعض , لتنتهي بتراضيهما عليه .

ويعتبر الأطراف الدراسات التمهيدية , تمهيداً للمشروع أو العملية الصناعية المراد تحقيقها . وتتوجه ارادتهم الى بدأ المفاوضات مباشرة وتمثل هذه الدراسات الأولية , التي تعمل على بيان تفاصيل المشروع والأساس الذي تقوم عليه المفاوضات في مجالات متعددة , كالمجال الاقتصادي حيث يتوجب تقديم لدراسة الجدوى , ومعرفة ما أذا كان الأستثمار مفيد من عدمه , وهذا يؤدي الى دراسة السوق . كذلك المجال المالي حيث يجب بحث كيفية التمويل والحصول على القروض وتقديم الضمانات للتسديد . اما المجال الفني فمن المهم البحث عن الحل الأمثل في تنفيذ المشروع , الذي يستلزم توفر الفن والخبرة المناسبة , لتقديم افضل الخدمات للدولة المتخلفة صناعياً (طالبة التكنولوجيا) .

وفيما يخص الأيدي العاملة , فيتعلق الأمر بأهميتها وتخصصها ومميزاتها الطبيعية والاجتماعية .وفيما يتعلق بالبنية التحتية أو الأساسية *L'infrastructure* القائمة في الدولة او المراد اقامتها , مثل (الطرق , المواصلات , الموارد المائية , الطاقة الكهربائية ,

. . . الخ) .

فان المرخص او حائز التكنولوجيا من خلال خبرائه والمتخصصين لديه , يقوم بالكشف عن الموقع والظروف المحيطة به , فيقوم باجراء البحث عن آثار المشروع على البيئة , كما يجري الاختبارات على مدى تفاعل الموقع (الأرض أو التربة) مع التكنولوجيا التي تستخدم في انشاء المشروع .

---

[1] د. حلمي بهجت بدوي - اصول الالتزامات ، ج2 ، القاهرة ، 1943 ، ص940 .
- كذلك د. نصيرة بو جمعة سعدي - المصدر السابق ، ص116 .

وغالباً ما تقوم الشركات العملاقة التي تسعى الى انشاء أو تجهيز منشأة صناعية بدراسات أولية وتحليلات متتابعة , مثل اتخاذ قرار الاستثمار . واذا كان موضوع هذه الدراسات يتغير وفقاً لاحتياجات كل مشروع . فان الهدف المرجو دائماً هو التأكد من الملاءمة الاقتصادية للاستثمار , وارساء القواعد الفنية الأولى . وتفترض هذه الأبحاث الأولية من الناحية الاقتصادية , تقدير الموارد والأسواق , ومن الناحية الفنية والمالية , فهي تحدد الاجراءات والهياكل التي يجب اعدادها من قبل المرخص , وتقدير مدى العائد الذي يحققه المشروع .

ويمكن لمتلقي التكنولوجيا (المرخص له) , ان يبرم عقداً مع مكتب دراسات متخصص , يتولى اعداد الدراسات الأولية بالطريقة التي يتمكن من خلالها المرخص له بتنفيذ هذه الدراسات بوسائله الخاصة , او عن طريق الاستعانة بمنشىء المشروع الصناعي

(المقاول العام) . وهذه الطريقة عادةً ما تلجاء اليها الدول المتخلفة صناعياً , لافتقارها الى الوسائل اللازمة لاجراء الدراسات الأولية .

وأياً كانت الصيغة التي يتبناها المتلقي للتكنولوجيا , عليه ان يحرص للحصول على دراسات أولية وافية , وقد يضعه حرصه على توفير النفقات في موقع الضعف اثناء المفاوضات , لأنه لن يكون على قدر كاف من المعرفة , فيما يختص بطبيعة وحجم الوسائل الفنية اللازمة لتنفيذ المشروع الصناعي , مما يضعه في مركز ضعيف امام منشىء المشروع الصناعي[1] . وبالأضافة الى ذلك , قد يؤدي عدم الحرص في اعداد المشروع الى فشل قيام المجمع الصناعي على المستوى الفني والتجاري والمالي .

ويعتمد الطابع التفصيلي للدراسات الأولية , الى حد ما على المكافأة المخصصة

لها , وهذا مايؤثر على استمرار المفاوضات , فكلما كانت الدراسات سطحية , كلما ادى الى اطالة المفاوضات بسبب غموض الرؤيا العامة للمشروع , وكلما زادت جدية الدراسات الأولية ودقتها , فان هذا يحد من امتداد المفاوضات بدرجة كبيرة , ويعمل على دخول الأطراف مباشرةً بمرحلة المباحثات , وهذا ماسنراه في المطلب التالي .

– Hubert (A) : Le contrat d'ingenierie conseil , ed , Masson , Paris , 1979 , P.91-92 .

المطلب الثاني

المبـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـاحثات[1]

Les pourparlers

قد يصعب في عقود نقل التكنولوجيا توافق الارادات بسهولة , لذا يعمل الأطراف كل منهم البحث عن متعاقد يصل معه الى اتفاق ، وعند العثور على هذا المتعاقد تمر فترة يختلف أمدها بين لقائهما الأول وبين أتمام العقد . وقد لا يصلان الى اتفاق او تقطع المفاوضات بينهما , وتعرف هذه الفترة التي تفصل بين اللقاء الأول وبين ابرام العقد , بمرحلة المباحثات .

وتتسم هذه المرحلة بالنقاش والمواجهة بين وجهتي النظر , ومحاولات التوفيق
بينهما . وقد تطول حسب طبيعة العقود المراد اتمامها . وفكرة المباحثات التي تنطوي على حوار مبدئي قبل الوصول الى الاتفاق النهائي , تحتوي على فكرة التدرج في تكوين العقد , ويترتب عليها ان تعطى للمدة دوراً اساسياً في التقاء الارادات[2] . كذلك أن أهمية الأموال وضخامتها التي ستكون محلاً للتعاقد تزيد في تعقيد الاجراءات , مما يجعلها لا تستجيب للاتفاق المفاجيء[3] .

لذا لا تخضع المباحثات لأي شكل محدد , وان كانت غالباً تتم عن طريق المناقشات الشفهية او عن طريق تبادل الخطابات , حيث تبدأ المباحثات بناءاً على اختراع مشروع يعرضه طالب التكنولوجيا (المرخص له) في صورة دعوة الى التعاقد
L'appel d'offres , اي مناقصة , او أجراء أتفاق مباشر , اي أجراء بالممارسة
Le contrat de gre a gre , وسنعمل على بيان ذلك .

د. نصيرة بو جمعة سعدي ـ المصدر السابق ، ص120 .

– *Mousseron (J.M) – La duree dans la formation des contrats in etudes offertes A JAUFFRET , melanges JAUFFRET , 1974 , P.509 .*

– *Schmidt (J) – La sanction de la faute precontractuelle , revue trimestrielle de droit civil, 1974 , p.47* .

الفرع الأول

بدء المبـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـاحثات

ترجع المبادرة عادةً لمتلقي التكنولوجيا , سواء كان هذا الطرف جهة حكومية او شركة عامة أو خاصة , فالعملية تبدأ باختياره لمشروع صناعي والبحث عن منفذ له . ويلجأ الى دعوة الشركات ذات التخصص التي تملك نوع معين من التكنولوجيا على سبيل الاحتكار , والتي يسعى المرخص له الى الحصول على الرخصة في استغلالها , عن طريق مناقصة يعقبها الأختيار فيما بين مقدمي العطاءات *Les Soumissions* وفي حالات أخرى يفضل اللجوء الى التعاقد عن طريق الممارسة , وهذا يحدث في حالة كون حائز التكنولوجيا في وضع احتكاري[1] .

أولاً : الصفقة عن طريق الممارسة : *Le marche de gre agre* .

يرى بعض المتعاملين في مجال التجارة الدولية , ان عقد الممارسة هو الصيغة الاكثر استعمالاً فمتلقي التكنولوجيا يقوم بالاتصال بمختلف المقاولين والمهندسين للتفاوض معهم بشأن عملية بناء معماري , وفي اطار انشاء المشاريع الصناعية المعقدة يمكنه أن يلجأ الى صورة عقد الممارسة , وذلك بالالتجاء مباشرة الى شركة ما , ولا يتم بالطبع الاستعانة بشركة دون الأخرى بطريقة عشوائية , اذ يخضع هذا الأختيار لعدة أسباب , فقد يرغب طالب التكنولوجيا ان لا يكون مشروعه الاستثماري محل دعاية زائدة .

وبالمقارنة مع الدعوة الى التعاقد (المناقصة) , فأن عقد الممارسة يعطي مجالاً للسرية ولسرعة الانجاز . وقد يرجع اللجوء الى عقد الممارسة الى أسباب سياسية . فقديكون متلقي التكنولوجيا شخصاً عاما يتعامل مع مقاول عام , ينتمي لدولة تم معها اتفاق تعاون . واذا كان متلقي التكنولوجيا شخصاً معنويا من أشخاص القانون الخاص , فقد يخضع لضغوط سياسية , حتى يصل الى نفس النتيجة . وقد يرجع سبب الاستعانة بمقاول عام الى شهرة هذا الأخير المهنية في مجال الانجاز .

---

[1] نعيم عطية ـ التعاقد الدولي وتجهيز مشروعات التنمية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، *1997* ، ص*21* .

فقد يتمتع هذا المقاول بشهرة تحتم على طالب التكنولوجيا التفاوض معه , وقد تربطه به علاقات عمل سابقة ومرضية , يريد هذا الاخير الاستمرار في التعاون معه . ولكن السبب الحقيقي للاستعانة بعقد الممارسة يكمن في احتكار طريقة الصنع , فأذا كانت التكنولوجيا التي أختارها الطرف المتلقي , مشمولة بحماية براءة اختراع او تحميلها اسرار المعرفة الفنية *Savoir Faire* , لايجد امامه مجالاً للاختيار بين مختلف المقاولين ، وعندئذ سيكون التوجه الى من يحتكر طريقة الصنع , إلا أنه رغم خضوع طرق الصنع للاحتكار , يمكن للطرف المتلقي الاختيار بين عدة طرق للانتاج , حيث يتمكن من صنع المنتوج الذي يرمي اليه , وفي هذه الحالة يمكن تصور طرح المناقصة .

ثانياً : الصفقة عن طريق المناقصة : *Le marche sur appel d'offres*

بعد اتمام دراسة أولية وموجزة الى حد ما , قد يفضل متلقي التكنولوجيا طرح مناقصته بدلاً من الاستعانة مباشرةً بشركة أو عدة شركات معينة . ومعنى ذلك ان طرح المناقصة يتم بمبادرة يتخذها مستثمر ما يريد تنفيذ مشروع , فيطلب العديد من الموردين المحتملين أن يتقدموا بعروض تتعلق بالمشروع المراد انجازه , ويقوم نوع من التنافس بين الموردين او المقاولين , وليس هذا هو الايجاب *La pollicitation* المعروف لدى الفقهاء , اي الايجاب بدون قيد أو شرط لابرام عقد معين[1] , طبقاً لشروط محددة[2] .

فالواقع أنه يحدث قلب تام للادوار والنتائج بالنسبة للايجاب , فالذي يستجيب للدعوة يتحول موجباً , اذ هو يعرض عقداً معيناً بشروط محددة , اما الطالب الأصلي

لم ترد في القانون الجزائري والمصري والفرنسي نصوص تتناول الايجاب والقبول وتبين كيفية اقتران القبول بالايجاب ، الا ان الفقه والقضاء في هذه الدول يعمل على سد هذا النقص في التشريع ، بينما العكس في القانون العراقي ، حيث نصت المادة *73* من القانون المدني معرفة العقد بقولها (ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين وقبول الاخر على وجه يثبت اثره بالمعقود عليه) . ومن المعروف ان المشرع العراقي يأخذ بالنزعة الموضوعية التي تسود الفقه الاسلامي دون النزعة الذاتية التي تسود الفقه اللاتيني . وتناول المشرع العراقي الايجاب والقبول بشيء من التفصيل .
د. عبد الرزاق السنهوري ـ نظرية العقد ، دار الاحياء العربي ، بيروت ، *1934* ، ص*238* .
ـ د. عبد الفتاح عبد الباقي ـ نظرية العقد ، القاهرة ، *1984* ، ص*120* .

(المرخص له) فانه يكون في مركز القابل , وبالاضافة الى ذلك فانه لا يكون العرض الأصلي المقدم من الطالب بالدقة الكافية , لكي يتحول الى عقد بمجرد القبول ولكن عندما تصبح الاجابة محلاً للقبول , فانها تتحول الى عقد ملزم قانوناً . وعلى ذلك فان الدعوة الى التعاقد اي المناقصة تهدف الى الحصول على تقديم العروض من قبل الغير . هذا الأجراء الذي يتخذ صوراً مختلفة يتكون من العديد من الوثائق التي تعطي وصفاً كاملاً للمشروع , ويدعو الى الرد على هذه المناقصة . ونعرض لهذه المسائل على النحو التالي :

أوضاع المناقصة *Les modalites de L'appel d'offres* :

تشكل المناقصة عرضاً لانجاز مشروع ما في ظروف واضحة ومحددة . ويختلف نطاق هذه المناقصة , فمن الممكن أن تشمل دعوة عامة للمنافسة خاصة عن طريق الاعلان والنشر , في هذه الحالة تكون الدعوة الى التعاقد اي المناقصة عامة

L'appel d'offers general , وتعني كل الشركات التي يتوافر لها الفن اللازم لتنفيذ الصفقة المقصودة . وتستطيع الشركات المعنية ان تسحب كراسة الشروط *Le cahier des charges* من الطرف المتلقي للتكنولوجيا أو من مهندسه الاستشاري حتى تطلع عليها , وتقرر ان كانت ستتقدم باقتراح . وفي حالة اخرى قد تكون الدعوة الى التعاقد أي المناقصة محدودة اي توجه الدعوة الى عدداً محدوداً من الشركات التي يراها المستثمر مؤهلة على المستوى الفني , او تتوافر فيها معايير مالية او حتى سياسية معينة (كتطبيق اتفاقية

التعاون) , وتعتبر المناقصة المحدودة *L'appel d'offres restraint* , حالة استثنائية , ولا يمكن مواجهتها الا عندما يكون عدد المنافسين المحتملين محدوداً , اما بسبب ارتقاء مستوى التكنولوجيا المطلوب , واما بسبب الامكانيات المالية اللازمة[1] .

واحياناً يكون سير أجراءات الدعوة الى التعاقد (المناقصة) على درجة من التعقيد ، ولهذا يلجأ المتلقي (المرخص له) المحتمل الى دمج الوصفين لتنفيذ المشروعات المركبة والهامة وذلك بتقسيم المناقصة الى مرحلتين . في مرحلة أولى , يطرح طالب التكنولوجيا

– *Haberli (G) : Les investissments etrangers en Afrique , ed . L.G.D.J. 1979 , P.186.*

دعوة عامة للتعاقد (مناقصة عامة) على أوسع نطاق حتى يحصل على أكبر عدد من العروض[1] . ولكن هدف هذه الدعوة يظل محدوداً , اذ يتعلق الأمر بالنسبة للشركات التي تستجيب الى دعوة طالبي التكنولوجيا بابراز مستوى كفاءتها , من حيث المقدرة الفنية او المالية المرغوب فيها لتنفيذ العملية . وتدرج الشركات المختارة بقائمة محدودة هي (قائمة الشركات التي سبق اختيارها) *Societes Prequalitiees* , والمسموح لها بالمسابقة في المرحلة الثانية . وفي أطار هذه المرحلة الجديدة , تسلم الشركات التي قدمت عطاءاً

La soumission مقبولاً , مقترحاتها لانجاز المشروع على أساس الشروط التي وضعها طالب التكنولوجيا أو المهندس الذي يعمل لحسابه .

وهكذا تسمح المناقصة لمتلقي التكنولو جيا (للمنشئين) في الدول المتخلفة

صناعياً , والذي قد تنقصه المعلومات عن السوق الدولية للمنشيئين والمقاولين العامين , ان يعثر على الموردين المحتملين , وان يجري اختياراً بين العروض المطروحة . واذا كان الأختيار يعتمد غالباً على الائتمان ومدى امكانيات التمويل , الا ان المتلقي يأخذ في اعتباره أيضاً التكنولوجيا المعروضة[2] . ويمكن ان تكون المناقصة وطنية أو دولية , وهذا عندما يكون المستثمر حكومة او دولة او مؤسسة عامة , او عندما تقوم هيئات دولية بتمويل المشروع (كالبنك الدولي للانشاء والتعمير *L.A.B.I.R.D* [3] ، وتتسم المناقصة الدولية *L'appel d'offres international* بخلاف المناقصة الوطنية *L'appel d'offers national* , باختلاف النظام القانوني الذي ينتمي اليه مقدم العرض (المقاول العام) , والهيئة التي تصدر عنها المناقصة (المستثمر) . ويبرر الالتجاء الى المناقصة الدولية تعذر العثور على شركات محلية على درجة عالية من الكفاءة المناسبة للانشاءات اللازمة للبناء الصناعي في بعض الحالات . وهذه الاجراءات قد تقتضي وقتا طويلاً قبل ابرام العقد النهائي , فضلاً عن انها في أغلب الأحيان , كثيراً ما تتضمن العديد من الوثائق المتعلقة بمضمون المناقصة .

- *Roume (J) : exporter des usines produit en main , L'usine nouvelle , 30 Janvier , 1979 , P. 20 .*

– *Salem (M) , Sanson (M.A) :Les contrats cle`en Main et les contrats produit en Main, ed . L.I.T.E. C, Paris , 1979 , P. 32 .*

د. نعيم عطية ـ المصدر السابق ، ص45 .

2. مضمون المناقصة :

تتكون المناقصات عادة من عدة وثائق تعطي وصفاً كاملاً للمشروع من الناحية

الفنية . وتعريفاً مفصلاً لشروط تنفيذه . وأياً كان عدد الوثائق الذي يمثل ملف المناقصة , فانه يمكن ادراجه تحت ثلاثة أقسام .فنجد أولاً , الوثائق التي تعطي صورة للوصف والتحديدات المتعلقة بالمشروع المراد انجازه , ويوجد أيضا بكراسة المناقصة

La cahier d'appel d'offers الشروط العامة لانجاز المشروع و وخاصة القواعد الادارية والقانونية التي ترتبط بالصفقة المراد ابرامها . ويكمل هذه القواعد , شروط خاصة اكثر تفصيلاً وتخصصاً . واخيراً نجد في ملف المناقصة الخاصة بالمشاريع الهامة , العديد من الملحقات الفنية وتشكل مجموعة هذه الوثائق مشروع صفقة متجانس ومتكامل . وكقاعدة عامة تحتوي المناقصة على كراسة شروط مفصلة[1] . تحدد الشروط التي يريد المستثمر التعاقد في ظلها , وتشكل كراسة الشروط مشروع عقد متكامل . ويراعى ان الشركة التي تطرح المناقصة , تختار الشركة التي قدمت العطاء الافضل في نظرها والذي اجتمعت فيه كافة الشروط الفنية والاقتصادية والمالية .

3 . العطاء المقدم رداً على الدعوة الى التعاقد (المناقصة) :

يمثل العطاء رداً على المناقصة المطلوبة , فهو يشكل قبولاً دون قيد أو شرط لنصوص العقد المعروضة بالمناقصة .

وبالتالي يشكل تعبيراً عن ارادة المقاول العام

(المورد) للرد بالايجاب على اقتراح صاحب الدعوة الى التعاقد (المتلقي) . ويعتبر العطاء عرضاً قائماً بذاته , طالما أنه يكمل الدعوة الى التعاقد (المناقصة) , او يحل محلها

عقد المقاولة وخاصة عقود المقاولات الكبيرة ، كمشروعات البناء والمشروعات الضخمة يكون مصحوبا عادة بالتصميم ، الذي يجري على مقتضاه العمل والمقايسة ، وهي بيان مفصل للاعمال الواجب القيام بها ، والمواد الواجب استخدامها في هذه الاعمال ، والاجرة الواجب دفعها عن كل عمل ، واسعار المواد التي تستخدم ، وكراسة الشروط التي تشتمل على شروط المقاولة بالتفصيل وكيفية يكون التنفيذ والمراحل او المواعيد التي تتم فيها الاعمال المختلفة وغير ذلك من الشروط التي يضعها رب العمل ويوافق عليها المقاول وتعتبر جزءا مكملا متمما لعقد المقاولة .

ـ انظر في ذلك د. عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط في القانون المدني ، العقود الواردة على العمل ، دار النهضة العربية ، *1964* ، ص*38* .

باقتراحات اخرى . فمنذ تسليم العطاءات يجد صاحب المناقصة أمامه في حوزته عدة اقتراحات كاملة ومفصلة لأمكان ابرام العقد . ويلزم العطاء الشركة التي قدمته بتنفيذ محتواه في حالة قبوله من المتلقي (صاحب المناقصة) من حيث شروطه وخلال الفترة التي يحددها , وبهذا يكون العطاء المقدم ايجابياً كاملاً ومحدداً للتعاقد .

ولكن في الواقع , رغم أن العطاء يشكل تعهداً بالتعاقد من جانب الطرف الذي

قدمه , الا انه قد يفتح المجال امام المفاوضات . ولكن العطاءات لا تتضمن عادة موافقة دون قيد او شرط على كل بنود المناقصة , على الأقل فيما يخص المشاريع الكبيرة بل على العكس من ذلك , كثيراً ما تقترح هذه العطاءات اجراء بعض التعديلات , مما يؤدي الى فتح المفاوضات التي قد تكون طويلة وعسيرة بين الطرفين للوصول الى اتفاق على نقاط النزاع . ومن الناحية العملية غالباً ما يرفق مع العطاء خطاب يبدي فيه مقدمه كافة تحفظاته *Les Reserves* ويذكر فيه الأمور التي لا يوافق عليها .

وغالباً ما تكون نفقة العطاء عالية , لاحتياجها الى دراسات من قبل المرشحين لتقديم العطاء , وفي غالب الأوقات لا يكافأ عن هذه التكلفة[1] . ويتراوح حجمها وفقاً لدقة التفاصيل الواردة بكراسة الشروط , فكلما كان ملف المناقصة كاملاً كلما احتاج العطاء الى دراسات . ومن المفارقة أنه كلما كانت كراسة الشروط غامضة وغير محددة كلما أستلزم ذلك ان يكون الرد مركزاً ودقيقاً حتى تكون له فرصة القبول . ويتجسم العطاء في عديد من الوثائق , يرد علىجميع أسئلة المتلقي (صاحب المناقصة) , فيما يتعلق بمصادر التزكية للمورد , ولكل ما يتعلق بالمشروع الصناعي المراد تنفيذه[2] .

- *Nasser (F) : Gestion Previsionnelle de L'ingenierie , ed , Technique , Paris , 1971 , P.29 .*
– *Nasser (F) : L'ingenierie et Son Organisation , Eyrolles editear , Paris , 1974 , P.31 .*

الفرع الثاني
الوثائق المحررة أثناء المباحثات

مما لا شك فيه ان العمليات التي تتم في مرحلة المفاوضات , يسفر عنها العديد من الاتفاقات التي تطلق عليها تسميات مختلفة , وتصب في قوالب (صيغ) متعددة من المستندات , يقوم الأطراف بتبادلها ويسجل فيها ما يتوصلون اليه من اتفاق حول أمور أو مفاهيم خاصة بهذه المرحلة , وأن كل مستند من هذه المستندات يدل على اجتياز مرحلة معينة من المفاوضات , ولا يمكن وضع تحديد شامل لمثل هذه المستندات او الاتفاقيات , إلا أننا نشير الى أهم تعبير عملي لها والذي ينحصر في الأتفاقات التمهيدية . وهناك من يرى[1] , أن هذه الوثائق يقوم بتحريرها أشخاص غير ملمين بالقانون كالمهندسين او المدراء , عليه تأتي صيغتها عامة وينقصها الوضوح والدقة , مما يكون معه من الصعب مهمة تكييف وتأكيد ما اتجهت اليه نية الأطراف .

كذلك يلاحظ على هذه الوثائق أنها لا تتمتع جميعها بقوة قانونية , وان القوة القانونية تثبت فقط لتلك الوثائق , التي تتضمن اتفاقاً معيناً ومحدداً بين الأطراف , والتي تبين اتجاه ونية الأطراف نحو التزام معين , غير أنه عندما يرد مضمون هذه الوثائق بشكل اجابة عن استفسارات موجهه من طرف الى آخر من خلال معلومات متبادلة بينهما , فلا تكون لهذه الوثائق قوة قانونية[2] .

وقبل الخوض بهذه الاتفاقات , لابد من تقديم ضمانات من قبل طالب التكنولوجيا بسبب الكشف عن بعض عناصر المعرفة الفنية , التي من المفروض ان تبقى سراً وهذه نقطة هامة ترتكز عليها المفاوضات , ومع ذلك يتغلب المتفاوضون على هذه المشكلة بتقديم تعهد يختلف مضمونه حسب الحاجة . لذلك سوف نقسم هذا النوع الى نقطتين نخصص الأولى , للوثائق التي تتضمن ضماناً للمورد أو مالك التكنولوجيا . والثانية للوثائق التي تمثل الاتفاقات التمهيدية .

د. نصيرة بو جمعة سعدي ـ المصدر السابق ، ص132 .

– Cedras (J) : L'obligation de negocier , Rev , Tr , Dr. Comm-et economique , 1985 , P.265 .

اولاً : الوثائق التي تعبر عن ضمانات بدء المباحثات[1] :

وهذه الوثائق اما ان تكون تعهد كتابي سابق أوتعهد مؤسس على الثقة او دفع مبلغ من المال . كل هذه الوثائق يقوم بتقديمها طالب التكنولوجيا (المرخص له) ، بغية اكتساب ثقة مالك التكنولوجيا والتعهد بعدم الكشف عن سرية المعلومات ، التي تم التعرف عليها من خلال المباحثات , وأدناه بيان لهذه الوثائق .

1. تعهد كتابي سابق : *Engagement Ecrit Prealable*

يقوم طالب المعرفة الفنية بتقديم تعهداً , يلتزم بموجبه بالمحافظة على سرية المعلومات التي ستصل أليه أثناء المفاوضات , وان لا يستخدمها او يسهل باستخدامها من قبل الغير . وهذا التعهد عبارة عن عقد ينشؤ التزاماً من جانب واحد , ويعبر عن اتفاق لحماية حقوق صاحب المعرفة الفنية , وعبر عنه الأستاذ *Magnin* , بأنه عقد اختيار *contart doption* , لان طالب المعرفة الفنية يختار بين التوقيع عليه او عدم الدخول في مفاوضات لابرام العقد[2] ، وهوتكريس لمبدأ سلطان الارادة واستقلالها وفي ذلك يرى الأستاذ *Jean Marie Deleuze* بان مثل هذا التعهد مشروع قانوناً , وهو يعبر عن استقلال الارادة وتطبيق لمبدأ الحرية التعاقدية[3] .

2 . تعهد مؤسس على الثقة : *Engagement base sur la confiance*

وهو اقرار كتابي يوقعه المفاوض طالب المعرفة الفنية , أثناء زيارته هو وبعض الفنيين التابعين له لمنشأة صاحب المعرفة الفنية , على ان هذا التعهد لا يعلق عليه صاحب المعرفة اهمية كبيرة , وهو في الوقت ذاته يعتبر مصدر قلق لطالب المعرفة بسبب ضعف الالتزام الذي ينشؤه على عاتقه .

د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص*190* .

– *Magnin (F) : Know – How et propriete industrielle , Librairies techniquies , 1974 , P.309 .*

- Deleuze (J.M) : Le contrat de transfert de processus technologique (Know – How) Masson , 1982 , P. 32 .

3 . دفع مبلغ من المال : *Paiement Prealable d'une Somme d'argent* :

قد يتفق المتفاوضون على ان يقوم طالب المعرفة الفنية , بدفع مبلغ من المال مقابل اطلاعه على أسرار هذه المعرفة ويعتبر هذا المبلغ بمثابة ضمان لعدم افشاء سرية المعلومات او استخدامها , وفي حالة التوصل الى ابرام العقد , فان هذا المبلغ يحتسب دفعة من قيمة المقابل الذي يتم الاتفاق عليه , اما في حالة عدم الاتفاق على ابرام العقد , فان هذا المبلغ يعاد الى صاحبه او يفقده على اساس انه تعويض لمالك المعرفة الفنية عن اطلاع من تفاوض معه على أسرارها , وان أمر اعادته أو فقدانه يتم الاتفاق عليه مقدماً بين المتفاوضين[1] .

ومع ذلك فان هذه الضمانات للمحافظة على سرية المعلومات أثناء المفاوضات , ذات مساوىء قد تنفر طالب المعرفة الفنية , اذا ساوره شك في سلوك صاحبها , او انها ليست بمستوى من التطور الذي ينشده , ومن شأن الإلتزام بذلك أن يلحق بالطالب حذراً في حالة قطع المفاوضات , لأن فيه تقليل من امكانية استغلاله لأي مشروع آخر مماثل .

ثانياً : الاتفاقات التمهيدية :

وهي الاتفاقات التي يراد منها الاعداد لتوقيع العقد النهائي , ويكون مضمونها متميزاً عن العقد المراد أبرامه ومتغيراً وفقاً لطبيعة المعرفة الفنية محل التعاقد .

ومن أنماط هذه الاتفاقات التمهيدية[2] :

1 . الاتفاق على المبدأ [3] : *Agrement in Principle*

ويتعهد من خلاله الأطراف ببدء ومتابعة التفاوض بالنسبة لعقد معين بقصد أبرامه، فهو لا يتضمن خصوصاً محددة ، بل يهدف الى تشجيع الاطراف على متابعة الإتصالات

فيما بينهم ، ذلك لأن الأطار العام للعقد غير محدد , لأن الأطراف في بداية علاقتهم . وهذا

– Deleuze (J.M) : O.P. cit. P. 37 .

د. اواز سليمان دزه يي ـ المصدر السابق ، ص17 .

ـ د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص192 .

ـ د. نصيرة بو جمعة سعدي ـ المصدر السابق ، ص130 .

- Mousseron (J.M) : O.P. cit. P. 53 .

الاتفاق يأتي عادة عند أول جولة للمفاوضات , بحيث يتم من خلاله تحديد الخطوط الرئيسية للمفاوضات من حيث زمانه ومكانه وعدد المتفاوضين وخبرتهم وكفاءتهم في التكنولوجيا موضوع التعاقد , وكذلك تحديد مدة للتفاوض بغية افساح المجال لكل طرف للتحري عمن يتفاوض معه من حيث شهرته وملائمته وصدق نواياه . وبعد هذا الأتفاق يتم الدخول في المناقشات والمباحثات , بحيث يقف كل طرف على مطالب الآخر بعد ان يوضح كل منهما للاخر امكانياته . فمالك التكنولوجيا يكشف لمن يطلبها عن المزايا التي تتمتع بها . ويوضح طالب التكنولوجيا عن الوضع الاقتصادي والاجتماعي والبيئي بحيث تتم دراسة جميع جوانب الموضوع , من حيث ملاءمة هذه التكنولوجيا لاستغلالها في المنطقة الجغرافية المحددة في ضوء المعلومات التي قدمها طالب التكنولوجيا , ويتقدم كل منهما بمقترحات *Propositions* تخضع للمناقشة .

2 . خطاب إعلان النية[1] : *La lettre d'intention*

وهو تعبير عن رغبة الأطراف في التعاقد بصورة مبدئية وعامة . فمراده اذن هو الالتزام ببذل عناية ليفتح مجال المفاوضات بقصد الوصول الى نتيجة , وليس الالتزام بالتعاقد . ومثل هذا الخطاب لايعتبر بحد ذاته ايجاباً ولا وعداً بالتعاقد . ذلك بأن العبرة بتمام ابرام العقد حسب ما اتجهت اليه ارادة الأطراف ، بالاضافة الى أن العرف التجاري لا يضفي أية صفة ملزمة لأية اتفاقات اولية[2] .

ويرى جانب من الفقه , ان خطاب اعلان النية رغم أنه لايشكل التزاما بالتعاقد[3] ,

---

قد يعبر خطاب معين عن مجرد الاهتمام بمشروع ما حيث يرد ما يلي (بهذا الخطاب نحيطكم علما ، بانه في نيتنا قبول عرضكم مبدئيا ، والشروع في المفاوضات) .

- د. اواز دزه يي - المصدر السابق ، ص*16* .
- د. محمود الكيلاني - المصدر السابق ، ص*195* .
- د. نصيرة بو جمعة سعدي - المصدر السابق ، ص*129* .

د. محمد شوقي شاهين - الشركات المشتركة ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة القاهرة ، *1987* ، ص*577* .

وهنا يجب تمييزه عن الوعد بالتعاقد ، الذي يعتبر حقيقة عقد ، يتم بايجاب وقبول ، ولكنه عقد تمهيدي ، يراد من ورائه ابرام العقد الاصلي الموعود في المستقبل بحيث اذا ابدى الموعود له رغبته تم العقد دون الحاجة الى تدخل

غير أنه اذا تضمن التزاماً بالاتفاقات الاولية للطرفين , كدور كل منهما ونوع الأداءات , ومهل التنفيذ وجزاءات التأخير , فأن من الجائز ان يشكل عقداً مستقلاً ترتكز عليه عقود لاحقة , لتحديد العناصر الفرعية وعلى نحو خاص النواحي الفنية التي لم يستطع الطرفان فحصها في السابق[1] .

3 . الوعد بالتفضيل : *Le pacte de Preference*

الوعد بالتفضيل , هو اتفاق يتعهد بموجبه احد الطرفين قبل الآخر , بأن يفضل هذا الأخير على الغير , كمتعاقد في عقد يتم فيما بعد . وفي هذه الحالة يظل الواعد حراً في عدم ابرام العقد النهائي , الذي لم يتم تحديد المبدأ بالنسبة له , كما لم يتم تحديد مضمونه والتحديد الوحيد هنا يتعلق فقط بحرية أختيار المتعاقد معه[2] . اما بصدد عقود نقل التكنولوجيا وعقد الترخيص الدولي بالذات , يندر وجود الوعد بالتفضيل حيث تتسم هذه العقود بخاصية تقوم على أساس الاعتبار الشخصي *Instuitus Personae* .

4 . عقد الإطار[3] : *Le contrat cadre*

لم يعرف هذا العقد من الناحية القانونية في فرنسا , وانما يعتبره الفقه عقداً , يهدف الى تعريف القواعد الأساسية التي تخضع لها الاتفاقات التي ستبرم في المستقبل تنفيذاً له .

ارادة الواعد من جديد وهذا ما صرحت به المادة 71 / 1 من القانون المدني الجزائري والمادة 91 من القانون المدني

العراقي .

ـ انظر بلحاج العربي ـ النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري ، ج1 ، ديوان المطبوعات الجزائرية ، الجزائر ،

1995 ، ص87 .

يمكن اعتبار هذا الاتفاق وعد بالتعاقد ، كونه تم تعيين المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة المحددة التي يجب ابرامه فيها .

ـ انظر د. نصيرة بو جمعة سعدي ـ المصدر السابق ، ص129 .

ـ د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص195 .

د. جعفر الفضلي ـ الوجيز في العقود المدنية ، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية ، مطبعة التعليم العالي في الموصل ، العراق ، 1989 ، ص47 .

د. نصيرة بو جمعة سعدي ـ المصدر السابق ، ص131 .

وعقد الأطار على هذا النحو , يجب أن يفرق بينه وبين عقود التنفيذ
Les contarts d'execution أي (عقود التطبيق *Les contarts d'application*) , واذا كان عقد الاطار يستقل من الناحية القانونية عن عقود التنفيذ , فانه يكون معها وحدة عقدية
Une Unite contractuelle تتحد عناصرها بوحدة الهدف الاقتصادي المقصود , فعقد الاطار يعد او يهيء لقيام عقود التنفيذ , ومحل هذا العقد قد يمتد الى تحديد الطرق او المواصفات المادية لابرام عقود التنفيذ , (أرسال اوامر التوريد , التلكس , ... الخ) , او عدد العناصر الاساسية لمحتواها مثل (دورية التسليم , وحجم المشتريات , وشروط الضمان والنقل , ... الخ) . الى حين تنظيم بعض شروط العقود التي تبرم فيما بعد مع الغير[1] .

وبالنسبة للمشاريع الضخمة , تعبر عنها عقود نقل التكنولوجيا عموماً , لابد من وضع اسس للتفاوض وادارته ومواضيعه , مما يتطلب توقيع اتفاقات مفصلة بصددها , فتكون ملزمة للطرفين بالتفاوض , دون الالتزام بالوصول الى العقد النهائي . وهذا الالتزام يضفي على المفاوضات طابع الجدية , فيحول دون اضاعة الوقت وبذل الجهود والأموال دون طائل[2] .

5 . وعد من جانب واحد : *Unilateral Promise*
وهو عقد يلتزم فيه احد الطرفين , بابرام عقد في المستقبل , اذا أظهر الموعود له رغبته في ذلك خلال المدة التي قد يتفق عليها[3] .
وبعد المناقشات والمفاوضات التي تستمر لفترة من الزمن , يصبح كل فريق على اطلاع بمتطلبات وامكانيات الفريق الثاني , واذا ما وجد أحدهما في ضوء هذه المناقشات ان الفرصة اصبحت مواتية الى ابرام العقد بينما لايرى الآخر ذلك , فان الفريقين يتفقان على تأجيل البت في الموضوع بدلاً من انهاء المفاوضات , بحيث يقدم أحدهما وعداً منه ,

---

عقد الاطار ، قد عرف من خلال عقود التوريد وعقود المساعدة الفنية .
– Mousseron (J.M) : O.P. cit. P.515 .
د. عبد المجيد الحكيم ـ الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ج*1* ، بغداد ، *1977* ص*49* .

ويستعد بموجبه لابرام العقد في ضوء ما دار من مناقشات , وهذا الوعد يكون بمثابة ايجاب ينتظر القبول وتحدد مدة يقرر فيها الطرف الآخر الموعود له القبول , بحيث اذا أنقضت تعتبر المفاوضات منتهية ويسقط الإيجاب .

6 . خيار ثنائي[1] : *Abilateral option*

بعد أن تحدد المفاوضات والمحادثات الاطار العام للعقد المنوي ابرامه , في ضوء الاتفاق على كل بنود هذا العقد وشروطه والتزامات أطرافه , يتفق المتفاوضون على تأجيل التوقيع على العقد مدة محددة , يكون لكل منهما خيار أتمام العقد . وهذه الصورة لاتفاقهما غير ملزمة لأي منهما , على أنه اذا طلب أحدهما مزيداً من المفاوضات لتعديل بعض الشروط المتفق عليها , فلا يجوز له ذلك , لأن من حقه فقط الموافقة على ابرام العقد أو رفضه , ومع ذلك اذا وافق الطرف الآخر فلا شيء يمنع[2] .

7 . حق الرفض : *A right of first refusal*

قد تعترض المتفاوضون عقبات تقتضي تأجيل استمرار المفاوضات , مدة للتفكير في حل وسط , يخرج بهما لتذليل هذه العقبات فيتفقان على تأجيل استمرارها مدة محددة , يعيد كل منهما اثناءها حساباته ويجري دراسات مستفيضة حول النقطة التي ثار بشأنها الخلاف . وهذا ما يسمى باتفاق التفكير للتوصل الى اتفاق نهائي[3] .

وفي حالة لم يتوصل الى اتفاق , يكون من حق أي منهما , رفض الاستمرار في المفاوضات , على ان هذا الحق يكون قد تم الاتفاق بشأنه في الاتفاق الذي ابرمه الطرفان

عند أول لقاء بينهما (الاتفاق على المبدأ) لأن رفض الاستمرار في المفاوضات , يعد في بعض الحالات قطعاً تعسفياً لها قد يوجب المسؤولية .

د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص*194* .

– Henry (P) : international pre – contractual obligations in (International contract) Editors by Hans Smit and others , Mathew Bender , New York , 1981 , P.55 .

د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص*194* .

وأخيراً يمكن القول ان هذه الاتفاقيات التمهيدية , قد وجدت كمراحل متتالية في سبيل الوصول الى الاتفاق النهائي , وهي تكفل للطرفين اماناً نسبياً , بالرغم من صعوبة تفسيرها في أغلب الاوقات . ويلاحظ ان صياغة هذه الإتفاقيات لا تتم عن طريق رجال القانون , مما يجعل من الصعب معرفة ماتلزم به هذه الاتفاقيات على نحو واضح ومحدد[1] .

على سبيل المثال قام الاتحاد الدولي للمستشارين الهندسيين *F.I.D.I.C* بصياغة شروط نموذجية (شروط نموذجية خاصة بالاتحاد الدولي للمستشارين الهندسيين) للصفقات الصناعية . وتطبيق الشروط المذكورة على الصفقات المتعلقة بالمقاولات وباعمال الهندسة المدنية ، والصفقات الخاصة بالاعمال الكهربائية والالية . وتتضمن هذه الشروط شروطا عامة وخاصة ونماذج للعطاءات ونماذج صفقات .

ـ انظر في ذلك د. نصيرة بو جمعة سعدي ـ المصدر السابق ، ص*132* .

المبحث الثاني
الأثر القانوني للأتفاقات التمهيدية

تكون الاتفاقات السابقة على التعاقد لها طابع مؤقت , لأنها محدودة بفترة اجراء المفاوضات . والهدف منها هو أنشاء التزامات تقع على عاتق الاطراف خلال مرحلة المفاوضات , والأصل انها تنص على التزامات بتحقيق نتيجة , ملزمة بجانب واحد او للجانبين .

واذا اردنا معرفة حقيقة النظام القانوني للمفاوضات , فيجب التسليم بأنها لا تنتهي إلا عند تكوين العقد , وقد جرت العادة على أن يميز بين المسائل التي تطرح للمفاوضات ولم تؤدِ الى نتيجة . ففي الحالة الأولى , تقودنا مناقشة العقد الى فحص الأحداث والأفعال التي جرت أثناء فترة المفاوضات .

أما في الحالة الثانية , فان المشكلة ذات أهمية نظراً لأنها على قدر كبير من الحساسية ، ذلك ان مجرد الدخول في مفاوضات يخلق وضعاً خاصاً بين الأطراف ويلقي عليهما بالتزامات خاصة[1] .

لكن الأطراف لا تلتزم في كل الأحوال بهذه الالتزامات التي تفرض عليهم العمل بحسن نية ، وقد يرتكبون أخطاء , يكون من الجائز ان تعرضهم لجزاءات , بسبب الاهمال او اغفال بعض المعلومات , او كشف واستعمال الفنون التي تحيط بها السرية , او التعسف في حق اللجوء الى قطع المحادثات .

وفي هذه الحالات التي تزول معها فرصة التوصل الى اتفاق نهائي تتردد التساؤلات حول الأثر القانوني الذي تتركه الاتفاقات الأولية بين المتفاوضين , ولا يتم التوصل الى ذلك , الا بمعرفة الأساس الذي يستند عليه الادلاء بالمعلومات قبل التعاقد , والكشف عن طبيعته القانونية . وهذا سيكون موضوع المطلب الأول , ومن ثم نعرج على الاخلال بالالتزام في هذه المرحلة . من حيث المسؤولية عن الخطأ أثناء المفاوضات , والجزاء المترتب عليه ، في مطلبٍ ثانٍ .

– *Mazead (J) : Traite theorique et partique de la responsibilite civile , delictuelle ed , Montchrestien , Paris , 1965 , P. 11-12 .*

المطلب الأول

أساس الألتزام بالأدلاء بالمعلومات قبل التعاقد وطبيعته

لايرتب القانون في الأصل أي أثر قانوني على المفاوضات , اي ما يجري بين طرفي التعاقد من مناقشات وما يدور بينهما من أخذ ورد في المراحل الأولى التي يمر عليها الايجاب والقبول . اذ لكل منهما ان يعدل عن اتمام الصفقة بغير مسؤولية إلا ان العدول عن المفاوضات قد تترتب عليه مسؤولية , اذا اقترن بخطأ ممن قطع المفاوضات[1] .

لذا سنرى أولاً , ما هو الأساس الذي يقوم عليه ألتزام المورد (المرخص) بالكشف عن عناصر التكنولوجيا التي يملكها , وبالقدر الكافي بالنسبة للمتلقي (المرخص له) , كي يتعرف على طبيعة هذه التكنولوجيا ومزاياها , ولتقييم مقدار الأستفادة منها , ومن ملائمتها لبلد المتلقي من عدمه . . . þ هذا من جانب ومن جانب آخر ، في حالة أغفال تقديم هذه المعلومات نتيجة لتدليس المورد .

أما ثانيا ، فسنتعرف على الطبيعة القانونية لهذا الالتزام , وهل هو ألتزام ببذل عناية ام هو التزام بتحقيق نتيجة . . . þ .

الفرع الأول

اساس الالتزام بالادلاء بالمعلومات قبل التعاقد

ان المقصود بالاساس اصطلاحاً يحتاج الى تحديد مدلوله العام , فالأساس القانوني لنظام ما , او لمسألة معينة هو تفسير ذلك النظام او تلك المسألة , وفقاً لقاعدة من القواعد او مبدأ من المباديء القانونية السائدة في مجتمع معين[2] .

د. عبد الرزاق السنهوري ـ المصدر السابق ، ص239 .

سعدي اسماعيل البرزنجي ـ الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الغربي والفقه الاسلامي ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد 1971 ، ص147 .

ولما كان هذا الالتزام يقع على عاتق المتفاوض في فترة ما قبل انعقاد العقد . وفي هذه الفترة , اي في المرحلة التمهيدية للتعاقد , يتعين على كل متفاوض ان يرعى مصالحه الخاصة بنفسه , ليجد بعد ذلك القواعد العامة المنصوص عليها في التشريع المدني او المباديء العامة واعراف التجارة الدولية المتعارف عليها بين التجار , لتحميه من غش الطرف الآخر او تدليسه , او ضد غلط جوهري وقع فيه . فقد كان من البديهي ان نهتم بالبحث على اساس لهذا الإلتزام , خاصة وان التشريعات لم تتدخل لتنظيم هذا الالتزام وتحديد اساسه بنصوص صريحة . ويسجل دقة هذه المسألة وأهميتها , تعدد الأفكار والآراء التي قيلت في شأنها . حيث أختلف فقهاء القانون في تحديد اساس هذا الإلتزام , فمنهم من فسره بأنه من قواعد الأخلاق , ومنهم من قال بأنه من تطبيقات مبدأ حسن النية , ومنهم من قال بأنه يستند الى مبدأ الثقة في المعاملات , ومنهم من قال بأن اساسه التدليس , ومنهم من قال بغير ذلك[1] .

والحقيقة جميع هذه الآراء , يمكن اعتبارها تطبيقات لفكرة حسن النية .

فمبدأ حسن النية ، تعني الاستقامة في التعامل بحيث يكون كل طرف في العقد على بينة بصورة تامة بما التزم به وبما وعد به , وان ما وعد به مطابق لما ينتظره من منفعة . ومن هنا اتجهت محكمة النقض الفرنسية الى ربط الالتزام بالادلاء بالمعلومات , بوجوب توافر حسن النية في تنفيذ العقد , اذ قضت في *17 / 11 / 1993* . (بان امتناع متعهد بيع شقق عن اعلام المشتري بالاخطاء التي وقع فيها المهندس , انما يشكل خرقاً لإلتزام الإعلام , ولمبدأ تنفيذ العقود وفقاً لحسن النية , مما يرتب المسؤولية المدنية التقصيرية عن الأضرار التي لحقت بالمشتري , ومنها تفويت الفرصة عليه لشراء شقة أخرى , يتناسب ثمنها في ذلك الوقت مع امكانياته المالية , ومنها استفادته من التسهيلات الضريبية المقررة في حينه)[2] . ويبرر هذا الإلتزام فيما بين المتفاوضين , من فارق في المعلومات عن التكنولوجيا موضوع التعاقد , لاسيما اذا كان بعضهم من اصحاب المهن المحترفين او المنتجين المتخصصين , وكان الطرف الآخر , من ذوي القدرة المحدودة او من المستهلكين الذين لم تتوفر لديهم

د. ازاد سليمان دزه يي ـ المصدر السابق ، ص42 .

– Cass . Civ , 3'ch , 17 Nov. 1993 , IR., 256 et , J.C.P. 1999 , 2283 .

المعرفة الكافية عن كيفية التعامل مع هذه التكنولوجيا موضوع التعاقد , او ان السلع المنتجة ووسائل الإنتاج , تكون على قدر من التشعب والدقة , التي تتطلب خبرة فنية عالية لدى المتقدمين للشراء وهذه قد لا تتوفر لدى اكثرهم , الأمر الذي يرتب على عاتق المورد

(المرخص) بأعتباره المنتج , التزاماً ببيان مواصفات وطرق استعمال السلعة او الآلية المنتجة , بل ان هناك من يذهب الى أبعد من ذلك , من كون المنتج من اصحاب الخبرة والاحتراف , ما ليس لدى غيره , ليس فقط قيام المسؤولية المدنية , بل قيام المسؤولية الجزائية[1] .

فلو تسبب الشيء المبيع في الحاق الاضرار بالمستهلك , جراء عدم اخباره عن كيفية استعماله او بما يتعلق بتدابير وصيانة واجبه , لسئل البائع عن ذلك لأنه لا يكفي أن يقوم المنتج او الموزع او البائع , بتسليم المستهلك سلعة خالية من العيوب , بل بالإضافة الى ذلك يقع على عاتقه ارشاد المستهلك الى الطريقة الصحيحة لاستعمال السلعة , بما يجنبه المخاطر المترتبة على الأستعمال الغير السليم , وهو من ناحية أخرى , يلتزم بان يلفت نظره الى المخاطر الكامنة في السلعة ويبين له الأحتياطات الواجب أتباعها للوقاية من هذه المخاطر , وان اي أهمال في تنفيذ هذا الألتزام يجعل البائع مسؤولاً عما يلحق بالطرف الآخر (المستهلك) من أضرار[2] . كما ان تطور قانون السوابق القضائية *Case Law*في العصر الحديث , يوضح ان واجب الأدلاء بالمعلومات الضرورية , مسألة تهذيب ولياقة عامة وصدق معتاد وحسن نية وسلامة مسلك[3] . ومبدأ حسن النية يتضمن , قواعد الأخلاق والثقة وسنتعرض لكل منها بإيجاز .

د. مصطفى العوجي ـ شرح القانون المدني ، المسؤولية المدنية ، ج2 ، ط1 ، مؤسسة بحسون ، لبنان ، 1995 ، ص147 .

د. عامر قاسم احمد ـ الحماية القانونية للمستهلك ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1998 ، ص102 .

د. السيد محمد السيد اليماني ـ حسن النية في تنفيذ العقود التجارية ، التزام الايضاح عن الحقائق الاساسية للتعاقد ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1985 ، ص80 .

أولاً : قواعد الأخلاق :

ذهب البعض[1] , من فقهاء القانون الى ان أساس الالتزام بالادلاء بالمعلومات قبل التعاقد , عبارة عن قواعد الأخلاق . والحقيقة أن المتعاقد لا يلتزم في الأصل تجاه المتعاقد الآخر , إلا ما ارتضاه على نفسه من التزام , وان القول يترتب التزام على عاتق المتفاوض بإخبار الطرف المقابل , بكل ما يتعلق بالعقد , فهو أمر غير مقبول مبدئياً , وذلك لأن هذا من باب الزام الشخص بالدفاع عن مصالح غيره على حساب مصالحه الشخصية , اضافة الى أن من الواجب على كل من يروم الدخول في مفاوضات بغية ابرام عقد , ان يتحرى بنفسه عما هو ضروري . اما الأخبار والنصيحة والمشورة المقدمة للطرف المقابل , فانها واجبات اخلاقية لا تصل الى مرتبة الالتزام القانوني .

ولكن على الرغم من هذا , فان الفقه والقضاء الفرنسي الحديثين , يذهبان الى ان هناك التزاماً حقيقياً , يقوم على عاتق المتفاوض بأن يحيط الطرف الآخر علماً بما لديه من المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد المزمع ابرامه . وان اساس هذا الالتزام هو قواعد الأخلاق[2] .

فاذا سلمنا , بأن لكل متعاقد ان يسعى للدفاع عن مصالحه , وبأن هذا قد يؤدي الى قيام صراع بين ارادتين , تسعى كل منهما للحصول على أكبر نفع ممكن , مقابل ذلك التضحية بأقل ما يمكن , وهذا أمر مفيد ومحمود من حيث انه يعطي الدافع الى النشاط والحركة في المجتمع , فانه لا بد من أشتراط ان يكون هذا الصراع في حدود قواعد الأخلاق , ولا يتجاوزها فيكتم عن المتفاوض الآخر ما يهمه من معلومات . هنا كان تفسير الالتزام بالادلاء بالبيانات الضرورية قبل التعاقد , بأنه طريقة من طرق حماية قواعد الأخلاق في نطاق العقود قبل ان يكون حماية للارادة ذاتها من التدليس او الوهم .

د. محمد ابراهيم دسوقي ـ الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وابرام العقود ، الادارة العامة للبحوث ، المملكة العربية السعودية ، 1995 ص76 .

د. محمد ابراهيم دسوقي ـ المصدر نفسه ، ص76 .

ـ د. ازاد سليمان دزه يي ـ المصدر السابق ، ص48 .

ثانياً : الثـ ـ ـ ـ ـقة :

ويرى البعض[1] , من فقهاء القانون ان اساس الإلتزام بالإدلاء بالبيانات الضرورية قبل التعاقد هو الثقة التي يوليها كل من المتعاقدين للاخر . اي حيث يسلم احدهما زمام أموره للطرف الآخر , تقوم في شخصة تلك الثقة . فعند ابرام عقد بين طرفين غير متساويين في القدرة على المناقشة والحصول على الحقائق , وبحكم الضرورة يضع الطرف الأول قدرة ثقته في الطرف الآخر , ويأتمنه ويعتمد عليه . حينئذ يجوز للمحكمة ان تفرض واجبا أشد على الطرف الأكثر قدرة في مطالبته بايضاح كامل المعلومات المتصلة بمحل العقد , وخاصة تلك التي لايتاح العلم بها للطرف الأول قدرة على إستنباطها . وأصبحت المصطلحات التي تعني الثقة والإئتمان مرنة بقدر أعطى للمحاكم امكانية معقولة للعمل على امتداد واجب الايضاح والافصاح عن طريق صياغة علاقات إئتمانية بكل حالة على
حدة[2] .

وثقة المتلقي للتكنولوجيا بالمورد , هي التي تبرر حقه في مطالبة الاخير بالكشف عن كل ما يتعلق بمحل العقد وان المحاكم عرفت الالتزام بالاظهار (الإدلاء بالمعلومات) في العقود التي تبنى على ثقة خاصة بين الأطراف , وهذه ليست مسألة حسن نية بسيطة , وإنما هي ثقة من نوع خاص , وجدت أما لطبيعة العقد , لما يحتاجه هذا النوع من العقود من الايضاح والافصاح عن الحقائق الأساسية المتصلة بالتعاقد او في شخصيته ونوعية الطرف الآخر , كون عقد الترخيص الدولي من خصائصة يقوم على الأعتبار الشخصي . وأخيراً لأهمية المعلومات المراد نقلها للمرخص له[3] .
وعليه عندما تتحد الأطراف في علاقة ثقة خاصة , فإن الطرف الذي وضعت فيه
الثقة , يجب عليه ان يضمن عدم أنتهاك هذه الثقة أو سوء استعمالها , واتباع الدقة والحذر والمهارة في مواصلة المفاوضات دون تلكؤ .

د. سهير منتصر ـ الالتزام بالتبصير ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999 ، ص57 .

– *Musy (A.M) : Disclosure of the information in the precontractual bargaining a comporative analysis in adm Review , contract / Musy , 1995 , United states , P.6 .*

– *Ansons : Law of contract 4th edition clarend press Oxford , 1975 , P.253 .*

الحقيقة ان هذا الواجب ينبثق من متطلبات حسن النية الذي يفرض الالتزام بالادلاء بالمعلومات على عاتق الطرف المهني او المحترف , عند ابرامه للعقد مع طرف غير مهني
(عادي) , لأنه لايوجد تناسب بين الطرفين , فيما يتعلق بالمعلومات المتوفرة لدى كل منهما حول موضوع العقد , والذي يمكن ان نعتبره هو الأساس في زيادة قبول تبرير ثقة الطرف العادي بالطرف المهني .

ثالثاً : أساس الالتزام وفقاً لرأي الفقيه ستارك *Stark*

يذهب الفقيه ستارك الى ان الأساس القريب الإلتزام بالإدلاء بالمعلومات قبل التعاقد هو ذو جهتين[1] .

ـ احدهما , اساس مشتق من الخداع (التدليس) والذي حسب ما يفهم من احكام القضاء يمكن أن يكون مشكلاً بواسطة صمت احد الأطراف , وهوبهذه الطريقة يخفي على المتعاقد الاخر حدثاً , لو كان قد عرف من قبله لمنعه من التعاقد , في الحدود الذي تقبل منها التحفظ الخداعي , تؤكد بصورة غير مباشرة على وجود التزام بالادلاء بالمعلومات قبل التعاقد على الرغم من ان كل واحد يحمي مصالحه , إلا أن حسن النية يتطلب حداً أدنى من الكشف عن المعلومات , قبل ان يرتبط الطرفان بالعلاقة التعاقدية . خاصة عندما يكون هناك عدم تساوٍ بين الأطراف , من حيث المستوى الاقتصادي والفني والكفاءة المهنية لأحدهم . فأذا سكت المورد ولم يقم بتزويد المتلقي بالمعلومات الضرورية , فانه بذلك يقوم بمناورات تدليسية . وهذا ما قضت به محكمة تمييز لبنان . (ان المناورات قد تكون ايجابية وقد تكون في بعض الحالات الاستثنائية , جداً سلبية , كالسكوت في معرض وجوب التكلم وذكر الحقيقة)[2] .

ـ ثانيهما , اساس يتعلق بالتعويض عن الضرر , الذي ينشأ نتيجة الاخلال بالالتزام بالادلاء بالمعلومات قبل التعاقد . وان التعويض عن الضرر اما ان يكون تكميلياً يضاف الى
ابطال العقد واما ان التعويض يدفع دون ابطال العقد ، وذلك بغض النظر عما يصيب الرضا

– *Stark : droit civil obligation , contrat et quasi contrat , Paris , 1986 , P.93 .*

قرار المحكمة العليا المرقم *47* بتاريخ *15 / 3 / 1974* . نقلا عن د. مصطفى العوجي ـ المصدر السابق ، ص*351* .

من عيوب . وان اساس الإلتزام في كلا الحالتين يستند الى نص المادة *1382* من القانون المدني الفرنسي , والتي تدخل ضمن نطاق احكام المسؤولية التقصيرية . وحسب رأي ستارك , اعتبر انتهاك واجب الاعلام خطأ يرتب المسؤولية المدنية في حالات كثيرة , قبل المنتج الذي لم يذكر طريقة استعمال المنتجات التي يسوقها الى المشتري , والبائع المحترف لأدوات الارضيات الذي لم يشعر المشتري بخصوص النوعية المختارة , وكذلك الأحتياطات الواجب اتخاذها لغرض العمل , ومنظم سباق الدراجات الذي لا يقوم بالادلاء بالمعلومات حول ظروف سير المنافسة , وصاحب الكراج عليه اعلام الزبون حول أهمية اعمال التصليح , وتكلفتها المحتملة وفرصتها[1] .

لذا فالالتزام بالادلاء بالمعلومات عند التعاقد , ينشأ في مرحلة المفاوضات العقدية , وقد يؤدي الإخلال به الى قطع المفاوضات دون ابرام العقد , ومن ثم لا يمكن رد اساس المسؤولية , الى التغرير الذي ينصب على الرضا , باعتباره ركناً في العقد , كما ان لهذا الإلتزام شروطه الخاصة به كما سنرى فيما بعد , والتي تختلف عن شروط التغرير , كما لا نعتقد ان يكون لهذا الإلتزام اكثر من اساس , فلا يبدو ذلك منطقياً , لأن تغيير الأساس يقود الى تغيير في جوهر الالتزام ذاته . لهذا نقول يجب معالجة هذا الالتزام باعتباره التزاماً مستقلاً وله نظامه الخاص به , كما سنرى في الفرع الثاني .

– *Stark : O.P. cit. P.95*

الفرع الثاني

طبيعة الالتزام بالادلاء بالمعلومات قبل التعاقد

بعد أن بينا اساس الالتزام بالمعلومات قبل التعاقد , لا بد لنا ان نتعرف على طبيعته القانونية , وهل هو التزام ببذل عناية ام التزام بتحقيق نتيجة . . . þ وذلك بالنظر لأهمية هذا التمييز فيما يتعلق بمسألة عبء الإثبات الملقى على عاتق المتعاقدين . حيث انه لو وصف الإلتزام بالادلاء بالمعلومات قبل التعاقد , بانه التزام ببذل عناية ، يتعين على الدائن بهذا الالتزام حينها ان يثبت خطأ المدين , وذلك في عدم بذله العناية المطلوبة . اما اذا كان المدين ملزما بالتزام بتحقيق نتيجة , فتنشأ مسؤوليته في هذه الحالة بمجرد عدم تحقق النتيجة , الا اذا استطاع ان يثبت ان عدم تحقيقه للنتيجة المطلوبة تعود الى قوة قاهرة او سبب اجنبي او فعل الغير او خطا الدائن نفسه . ان هذا النوع من الالتزام يعطي مثالاً آخر عن الصعوبات التي يثيرها الإلتجاء الى اعتبارات العدالة , لغرض تطبيقها للتميز بين الالتزامات بوسيلة والالتزامات بتحقيق نتيجة . وقد أستند من يذهب الى تكييف هذا الالتزام بأنه التزام ببذل عناية الى الحجج التالية[1] :

أولاً : المشاركة الضرورية للمدين في تنفيذ الاقتراح الذي ترك له في استعمال المعلومات , حيث نجد أنه فيما يتعلق بالالتزام بالاعلام قبل التعاقد في العقود المعلوماتية , أنه يساهم في تبرير وصف هذا الالتزام , كونه التزام ببذل عناية , وهو خروج فعالية هذا الالتزام عن سلطة المدين به وارتباطها بدور المتلقي , وبدرجة مشاركته جنبا الى جنب مع المورد في جعل المشروع المعلوماتي المقترح , اكثر ملائمة مع حاجاته الفعلية , وهذا الهامش من الغرر او المخاطرة *alea* هو الذي يجعل من الالتزام بالادلاء بالمعلومات , التزام بوسيلة وليس بنتيجة[2] .

– *Viney (G) : Droit civil , Les obligation La responsabilite , conditions , Paris , 1982 P.655 .*

د. طوني ميشال عيسى ـ خصوصيات التعاقد في المعلوماتية ، المنشورات الحقوقية ، بيروت ، *1998* ، ص*54* .

ثانياً : الغموض المتعلق بمضمون الالتزام , فمضمون الالتزام نفسه لا يمكن ان يكون امراً متفقاً عليه مسبقاً ولكن في المقابل , يسمح بملاحظة ان الالتزام بالاعلام قبل التعاقد , مخصص لاعادة المساواة بين المتعاقدين , وان هذا الالتزام يفرض من اجل حماية الطرف الضعيف (المستهلك) , واعتبرت المحاكم الفرنسية وبمساندة الفقه السائد , ان تكييف الالتزام بالاعلام قبل التعاقد بأنه التزام بوسيلة[1] .

وفي قرارات اخرى , ذهبت المحاكم الفرنسية الى اعتبار المورد ملزماً بتحقيق نتيجة حتى عند وجود شرط صريح بخلاف ذلك عندما تظهر النتائج المتحققة بموجب المكننة او الحل المعلوماتي المنفذ رديئة بشكل ظاهر ومحسوس , هذا من جانب ومن جانب آخر , اذا كان الالتزام يعتبر التزاماً بوسيلة , إلا انه يتدرج من حيث القوة لدرجة انه يمكن ان يصبح التزاماً بتحقيق نتيجة , وذلك بتأثير عدة عوامل منها (خطورة او حداثة المعرفة الفنية واحتراف واحتكار المورد لهذه المعرفة)[2] .

وهناك من يؤيد هذا الرأي , ويقول ان العلاقة بين المورد والمتلقي في المرحلة السابقة على التعاقد , تفرض على المورد الادلاء بالمعلومات والبيانات التي تمكن المتلقي من اتخاذ قراره بالتعاقد او لا , ويرى ان هذا الالتزام يعتبر ضمن الالتزامات بتحقيق
نتيجة[3] ، إلا ان القضاء الفرنسي لم يلتزم في قراراته بمبدأ واحد , وفرق بين ما يكون محل العقد شيء خطير من عدمه وان المتلقي الجاهل بهذه المعارف من عدمه . . . وقد شدد المسؤولية واعتبارها التزاماً بتحقيق نتيجة في الحالة الثانية .

ومن ناحية أخرى سجل صدور عدد من القرارات القضائية الفرنسية , التي قضت بتشديد التزام المورد في الاعلام , وذلك بجعله التزام بوسيلة متشددة
Obligation de moyens renforcee , ذلك عندما يتعلق الأمر بعقد توريد (النظام المعلوماتي) *Fourniture de systeme in formation* , والذي يسمى بعقد (المفتاح

---

[1] – *Viney (G) : O.P. cit. P. 655 .*

[2] د. طوني ميشال عيسى ـ المصدر السابق ، ص55 .
ـ كذلك د. محمد عبد الظاهر حسين ـ المصدر السابق ، ص179 .

[3] د. نبيل ابراهيم سعد ـ العقود المسماة ، ج1 ، البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 , ص309 .

باليد) *Cle en main* (حواسيب , وبرامج , وتجهيز , ومساعدة فنية . . . الخ) ومعد بشكل خاص لحساب ومصلحة المتلقي والمستهلك . ووصل بعض الفقهاء الى جعله التزاما بتحقيق نتيجة بدلاً من التزام بوسيلة[1] .

إلا ان هناك اتجاهاً ثانياً يرفض هذا الرأي , حيث أنه فيما يتعلق بعقد المفتاح باليد وعقد المنتج باليد وعقد الترخيص , يعتبرون هذه المجموعة من العقود , ان الالتزام بالاعلام فيها يبقى كما هو عليه في بقية العقود المعلوماتية التزاماً بوسيلة . عليه فان وصف الالتزام بـ أنه التزام بوسيلة هو وصف لايزيد ولا ينقص شيئاً في تحديد وسيلته القانونية .

ويبقى الفرق الوحيد بين هذه العقود والعقود الأخرى التي يكون محلها نقل تكنولوجيا , في وحدة الموردين بدلاً من تعددهم حيث يحصر المتلقي تعاقده بمورد وحيد بدلاً من أن يتعاقد مع مجموعة موردين مختلفين , لأجل تنفيذ المشروع المعلوماتي المقترح[2] .

وأخيراً ينكمش نطاق هذا الالتزام عندما يكون الشيء محل التعاقد خطيراً ونادراً , والمتلقي مهنياً من نفس تخصص المنتج , وبـ امكانه ان يتعرف على المعارف الفنية محل التعاقد الجديدة , فانه يجب على المورد اعطاء المتلقي ولو كان مهنياً , المعلومات المفيدة عنها .

غير انه لا يبقى دور لوجود هذا الالتزام عندما يكون محل التعاقد غير خطير , والمتلقي مهنياً من نفس تخصص المنتج , لكن اذا كان المتلقي مهنياً ولكنه ليس من نفس تخصص المنتج , فانه يخضع لنظام عامة الناس لأن علمه بالشيء غير مفترض[3] .

ولكي ينشأ الالتزام بالادلاء بالمعلومات قبل التعاقد , لابد من تحقيق ثلاثة شروط هي :

1 . الشرط الأول : علم المورد بالمعلومات :

وهنا يفترض سلفاً علم المورد بالمعلومات الضرورية المتعلقة بالتكنولوجيا محل التعاقد , لذا ينبغي عليه ان يدلي بها , فأذا لم يكن لديه علم بها لا ينشأ ذاك الالتزام[4] .

د. نبيل ابراهيم سعد ـ المصدر السابق ، ص*130* .

– *Lamy : Droit de L'information , L'execution des contrats d'informatique , Lamy . S . A . 1994 , P. 663* .

د. مصطفى العوجي ـ المصدر السابق ، ص*181* .

– *Musy (A.M) : O.P. cit. P.5* .

2 . الشرط الثاني : جهل المتلقي :

ولكي ينشأ الالتزام بالادلاء بالمعلومات قبل التعاقد على عاتق المورد , لابد من ان يكون المتلقي جاهلاً بهذه المعلومات , الا ان جهل المتلقي ليس كافياً, بل عليه اضافة الى ذلك ان يبين بأن جهله يستند الى سبب معقول . لأنه من المعلوم في الحياة العملية , وخاصة في عقود التجارة الدولية , ان على طالب التكنولوجيا الذي يرغب في ابر ام عقد معين , ان يحاول بنفسه او بواسطة مكاتب استشارية متخصصة ان يبذل عناية الرجل
المعتاد , كي يحصل على المعلومات الضرورية حول محل العقد المزمع ابرامه . فاذا كان بامكانه ان يحصل على المعلومات , ببذل هذا القدر من العناية فلا يكون المورد مسؤولاً عن الادلاء بالمعلومات مادام المتلقي , قد قصر او لم يبذل العناية اللازمة التي يبذلها الشخص المعتاد لو كان محله , وانما هو الذي يتحمل نتائج تقصيره واهماله[1] .

3 . الشرط الثالث : ان تكون المعلومات ذات أهمية وضرورية للتعاقد[2] :
يكون المورد مسؤولاً عن الادلاء بكافة المعلومات المتعلقة بمحل العقد والضروري منها على وجه التحديد , والتي تدخل في تكوين العقد , وان المعيار الذي يقاس به كون المعلومات ضرورية ام لا , هو أنه اذا كان عدم الادلاء بها يلحق ضرراً بالطرف الآخر من عدمه . كذلك مساهمة هذه المعلومات الضرورية في صدور رضا المتلقي وموافقته على ابرام العقد من عدمه , او انه يوافق على ابرام العقد ولكن بشروط تختلف عن الشروط التي كان على ضوئها أعطى موافقتها السابقة .

– *Musy (A.M) : O . P . cit . P.6 .*
– *Stark : O.P. cit. P. 96 .*

المطلب الثاني

الأخلال بالألتزام في مرحلة ما قبل التعاقد وجزاؤه

اذا كان المبدأ العام , ان الاخلال بالالتزام في مرحلة ما قبل التعاقد لا يرتب أي أثر قانوني على ما يجري بين طرفي العلاقة القانونية في مرحلة المفاوضات , تمهيداً لابرام العقد , حيث يجوز لكل منهما العدول عن اتمام العقد , دون ان يكون مسؤولاً عن ذلك , واذا كان هذا هو المفهوم التقليدي لقطع المفاوضات , القائم على مبدأ حرية المفاوض الكاملة في قطع المفاوضات او الاستمرار فيها , إلا انه مع ذلك مفهوم المفاوضات لم يترك رهينة لهذا المبدأ (حرية التفاوض) , حيث يذهب بعض الفقهاء الى ان قطع المفاوضات وان كان عملاً مباحاً , لا يكيف بالخطأ استناداً الى حرية المتفاوض في أجرائه إلا أنه قد يقترن بخطأ يؤدي الى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية[1] .

غير ان الأطراف لا يلتزمون دائماً بالالتزامات التي تفرض عليهم العمل بحسن نية . وقد يرتكبون أخطاء تعرضهم لجزاءات , وذلك بسبب اهمال أو اغفال تقديم بعض المعلومات , او كشف الأمور التي تحيط بها السرية , او اللجؤ الى قطع المفاوضات بشكل تعسفي . وهنا يثار السؤال , حول ماهي طبيعة الخطأ المرتكب في مرحلة المفاوضات , وما هي جزاءاته . . . ؟

د. عز الدين الدناصوري ، د. عبد الحميد الشواربي ـ المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة *1988* ، ص*387* .

الفرع الأول

اغفال تقديم المعلومات

Les omissions d'information

قد يحرص الموردون على ان لا يزودوا المستثمرين , إلا بمجرد الخطوط العريضة للمعلومات السرية التي تنطوي عليها المعارف الفنية التي بحوزتهم , بسبب بعض المستثمرين الذين يشرعون في المفاوضات , بهدف جمع المعلومات التي تهمهم , دون ان تكون لديهم النية الصادقة في اتمام المفاوضات , ولكن هذا ليس بقاعدة عامة .

وهنا يثار التساؤل حول معرفة الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية مالك التكنولوجيا او

المورد , في حالة أغفال تقديم المعلومات , في الوقت الذي يتطلب ذلك . . . ؟

ابتداءاً يجب التفرقة بين أمرين . الأول , في حالة اغفال المعلومات , لا يثير اي عقبات بين الطرفين حيث ينفصلا دون مشاكل . وفي الحالة الثانية ، تقوم المسؤولية ولكن ليس على اساس تعاقدي , وذلك بسبب حصول أضرار للطرف الآخر .

وفي الواقع العملي يمنح القضاء الفرنسي حرية الاختيار بين دعوى البطلان ودعوى الضمان[1] .فيمكن تبرير البطلان بالغاط في الصفات الجوهرية , (كعدم مطابقة طريقة الصنع) او بالتدليس . بالنسبة للقضاء الفرنسي , فأن الغاط في الحساب[2] أو الخطأ في التصميم عند الدراسات الأولية , او الخطأ *La faute* في أختيار طريقة الصنع في المجال التعاقدي , يقع تحت الجزاء المترتب نتيجة لقيام المسؤولية العقدية , متى كان العقد قد تم توقيعه .

– *Mousseron (J.M) : O.P. cit. P.510 .*

والغاط في الحساب يقع في بعض الاحيان في عقد المقاولة ، كأن يذكر في المقايسة التي يقدمها المقاول في حساب بعض اجزاء العمل او اسعار وحدات منه او عندما يضرب سعر المتر في عدد الامتار يخطىء في حاصل الضرب سواء لمصلحته (الى الاعلى) او لمصلحة رب العمل (الى الادنى) .

ـ انظر في ذلك ـ المادة 120 مدني عراقي والمادة 123 مدني مصري ، التي تنص انه لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغاط في الحساب ، ولا غلطات القلم ، ويمكن تصحيح الغاط .

إلا ان القضاء الفرنسي , بدأ في تقبل مبدأ الأخذ بالمسؤولية التقصيرية , عند عدم تقديم المعلومات *Le renseignement* خلال المحادثات السابقة على توقيع العقد . ويتجه الرأي سواء في فرنسا او في الدول الأوربية كما هوالشأن في مصر الى تفضيل الأخذ بالطبيعة التقصيرية للخطأ[1] .

وتوضح الأحكام الفرنسية التي صدرت , ان الجزاءات التي ترتبت نتيجة لاهمال ارتكب خلال الفترة السابقة على التعاقد , وضمن عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا , قامت المسؤولية على أساس تقصيري , فالمحادثات ليست إلا وقائع قانونية *Des faits Juridique* والالتزامات التي تترتب خلال فترة ماقبل التعاقد , ليست إلا التزامات ببذل عناية هدفها بذل أقصى جهد للوصول الى ابرام الاتفاق النهائي .

الفرع الثاني

الكشف غير المبرر لسرية المعارف الفنية[2]

L'Utilisation deloyale du Savoir – Faire communique

قد يحدث أثناء المفاوضات , ان يقوم الأطراف بتبادل معلومات سرية ضرورية لاجراء المفاوضات . هذه المعلومات لابد ان تظل سرية . وبالتالي ان اغفال قاعدة انشاء المعلومات يولد المسؤولية , متى كان عدم الأمانة يشكل خطأ , وان لم يرتبط الأطراف بأي علاقة . فأذا قام طالب التكنولوجيا (المرخص له) عقب قطع المحادثات , بافشاء المعلومات السرية التي نقلت اليه , او اذا أستغلها لحسابه الخاص , او أستخدمها لعقد اتفاق مع الغير . . . هل تقوم مسؤوليته . . ؟ .

نقول نعم , يعتبر (المرخص له) كمستثمر , ملزما بعدم نقل او استخدام المعرفة الفنية *Savoir –Faire* حتى ولو لم يكن هناك اتفاق صريح *Explicite* على تكتمها او عدم

– *Schmidt (J) : Mote sous Rennes du Juillet 1975 , Dalloz , 1976 , P. 417 .*

د. نصيرة بو جمعة سعدي ـ المصدر السابق ، ص136 .

استغلالها . واذا كانت المعرفة الفنية لا يحميها اي قانون , إلا ان قيمتها الاقتصادية تكمن
في طابعها السري . ولكن عندما تنعدم الحماية القانونية يكون من الصعب ايجاد أساس للالتزام بعدم الافشاء . واثار الفقه الفرنسي عدة حلول لحماية المعرفة الفنية , وان كانت غالبيتها غير مقنعة , كما أنه لا يمكن الاستناد الى النصوص الجنائية[1] . ولا الى التشريع الخاص بحق المؤلف .

ولا حتى نظرية الاثراء بلا سبب , ولكن مع ذلك فانه يمكن الاستناد الى دعوى المنافسة غير المشروعة المستمدة من المادة *1382* مدني فرنسي , حول مسؤولية المخطيء عن تعويض الضرر الذي تسبب فيه بخطئه , وهذه تعد وسيلة حماية فعالة . كذلك المشرع الجزائري , فقد قرر هذه الحماية بالمادة *124* مدني جزائري , التي تعطي الحق برفع دعوى المنافسة غير المشروعة على كل من صدر منه خطأ يتعلق بحقه الأستئثاري في احتكار استغلال اختراعه او باقي عناصر الملكية الصناعية وتسبب له
بأضرار , يمكن مطالبته بالتعويض وفقاً لقواعد القانون المدني , المنصوص عليها في
المادة *131* ، *132* التي حدد من خلالها المشرع الطريقة التي يتم من خلالها
التعويض . ويلجأ أصحاب الاختراعات عادة الى دعوى المنافسة غير المشروعة , باعتبارها دعوى مدنية[2] .
اذا وقع الاعتداء على حق لم تكتمل عناصره بعد , كما لو حصل أعتداء على حق صاحب براءة لم يتقدم بطلب لتسجيلها الى ادارة البراءات , فإنه لا يعتبر صاحب سر الاختراع الذي لم تصدر عنه براءة بعد ذا ملكية صناعية , وبالتالي فانه لا يتمتع باثار هذا الحق . وعليه فإن هذه الدعوى تحمي الاختراع لا بوصفه اختراعاً , لأنه لم تصدر عنه براءة , ولكنها تحميه باعتباره من الأسرار الصناعية *Secret de fabrique*[3] .

– Magnin (F) : O.P. cit. P. 276 .

د. سميحة القليوبي ـ تقييم شروط التعاقد والالتزام بالضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، مجلة مصر المعاصرة ، *1986* ص*180* -*181* .

وضع المشرع الجزائري اساس هذه الدعوى في المادة 124 من القانون المدني والتي تنص (كل عمل يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض) .

ـ كذلك المشرع العراقي وضع اساس هذه الدعوى في المادة 204 من القانون المدني والتي تنص (كل تعدي =

لذلك يمكن القول ان استغلال او نشر خبرات فنية سرية , عقب قطع المحادثات دون تصريح من مالكها يعد خطأ , وذلك أن هذا النوع من الممارسة يخرج عن عادات التجارة الدولية , وفي هذه الحالة يمكن ان يحكم بالتعويض .

كذلك اتجهت المحاكم الأمريكية , بالقول ان الخطأ متوفر في حالة اقدام أحد المتفاوضين على افشاء سرية المعلومات التي تمكن من الاطلاع عليها , على اساس ان الاطراف الذين يتفاوضون على بيع أي اسرار تجارية او أسرار الصنعة , يكون في حالة علاقة سرية . حتى لو انتهت مفاوضاتهم بالفشل[1] .

الفرع الثالث

القطع التعسفي للمفاوضات[2]

La Rupture abusive des pour parles

ان مجرد قطع المفاوضات لا يشكل خطأ تقوم على أساسه مسؤولية احد الأطراف , ولو كان هذا الطرف يعلم بان الطرف الآخر قد تكبد نفقات على أعتبارانه سيتم انجاز العقد . ومع ذلك فانه منذ ادخال الفقيه الألماني أهرنج *Ihering* مبدأ المسؤولية عن الخطأ عند التعاقد من خلال مفهوم النية الحسنة , فان هذا المبدأ قد أخذت به معظم التشريعات في الأنظمة القانونية المختلفة[3] .

= يصيب الغير باي ضرر اخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض) .

اضافة الى ذلك نصت المادة 98 من القانون من قانون التجارة العراقي النافذ رقم 30 لسنة 1984 ، على المنافسة التجارية غير المشروعة بقولها :

(1 - كل مزاحمة غير مشروعة تلزم فاعلها بتعويض الضرر الناجم عنها ، وللمحكمة ان تقضي فضلا عن التعويض

بازالة الضرر وينشر الحكم على نفقة المحكوم عليه في الصحف) .

– *Summers : Good faith in general contract law and the sales provisions of the uniform commercial good law . Rev. 1968 , P. 195 .*

للمزيد انظر د. نصيرة بو جمعة سعدي ـ المصدر السابق ، 138 .

الحقيقة ان موضوع طبيعة الخطأ الموجب للمسؤولية ، الذي يترتب نتيجة الاخلال بالالتزام بالادلاء بالمعلومات كان محل خلاف ، وقد قيلت عدة نظريات بشأنه لا مجال لشرح مضمونها ، وهي :

ولكن اذا كان صحيحاً ان لكلا الطرفين , الحق في رفض مواصلة المحادثات , وبالتالي قطع المفاوضات , إلا انه ليس له التعسف في أستعمال هذه المكنة *La faculte* . حتى لا يقع تحت طائلة المسؤولية التقصيرية *La Responsapilite detietuelle* للخطأ , على اساس المادة *1382* مدني فرنسي والمادة *41* مدني جزائري والمادة *7* مدني عراقي[1] .

ويعتبر قطع المفاوضات تحكمياً , طالما أنه لم يكن نتيجة ظروف اقتصادية بحتة (الحصول على شروط أفضل من طرف آخر) , هكذا يمكن مساءلته , خاصة اذا تقدم الطرف المفاوض بنفس الشروط الواردة بالعروض اللاحقة . واذا تعينت المسؤولية هنا فانها لا تقوم بسبب قطع المفاوضات , بل لقطع العلاقات , حيث يكون الشخص قد ارتكب خطأ

نظرية المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض (أهرنج) .

نظرية التبعة العقدية في مرحلة التفاوض (مانشيد) .

نظرية المسؤولية الموضوعية في مرحلة التفاوض (فانجيلا) .

نظرية المسؤولية التقصيرية .

النظرية المختارة في المسؤولية ، الخبرة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية .

- انظر في ذلك د. محمد حسام محمود لطفي - المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، مطبعة النسر الذهبي ، القاهرة ، *1995* ، ص*34* .

- كذلك يمكن الاشارة الى ان هذا المبدأ ، أثر بعمق على التشريعات السويسرية ونشر تعليق على المبدأ الذي اتى به اهرنج بعنوان (الخطأ عند التعاقد او التعويض عن الخطأ او التعويض العادل للخطأ من جانب واحد) .

- انظر في ذلك د. محمود الكيلاني - المصدر السابق ، ص*199* .

يلاحظ ان المشرع الجزائري في المادة *41* مدني وكذلك المشرع العراقي في *6* و *7* قد استمدا هذا الحكم من الفقه الاسلامي ، حيث أن المشرع العراقي في المادة السادسة من الباب التمهيدي قضى بما يلي (الجواز الشرعي ينافي الضمان ، فمن استعمل حقه استعمالا جائزا لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر) ، وقد قضت المادة السابعة بما يأتي : *1*- من استعمل حقه استعمالا غير جائز وجب عليه الضمان .

2- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الاتية :

اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير .

اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

اذا كانت المصالح التي يرمى هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة .

وطبقا لحكم المواد المذكورة اعلاه ، تترتب المسؤولية المدنية نتيجة للاستعمال غير الجائز للحق ، حيث تقوم المسؤولية التقصيرية والتعبير الاسلامي الدقيق للضمان المترتب في هذه الحالات هو ضمان الفعل .

ليس من المفروض ارتكابه طبقاً للقواعد العامة والأعراف التجارية السائدة على التجارة الدولية . وتستند المحاكم الفرنسية عادة , بشأن هذا الموضوع الى سلوك الشخص العادي , لمعرفة ما اذا كان هناك خطأ . ويبدو أنها تقر المسؤولية التقصيرية وفقاً للمادة المذكورة أعلاه . وبالرجوع الى القضاء الفرنسي , يلاحظ ان القضاة يلزمون الطرف الذي اوهم الطرف الآخر , برغبته في التعاقد معه , ويدفعه بالتالي الى انفاق مبالغ مالية كبيرة . ويتوافر
الخطأ اذا ثبت ان من تسبب في قطع المفاوضات , قد ترك الطرف الآخر , يواصل الأبحاث والأعمال وينفق في سبيل ابرام العقد , في الوقت الذي لم يكن لديه النية الجدية للتعاقد , او كان قد تعاقد مع الغير[1] .
ويمكن ان تتنوع الجوانب العملية للجزاء , وفقاً لمدى جسامة الخطأ ووقت وقوعه . فاذا كان التنفيذ الجبري لا يمكن تصوره في مجال التبادل التجاري الدولي . إلا أنه من الجائز , صدور حكم بالتعويض , كما هو الحال فيما يتعلق بانشاء المعلومات السرية . ولكن حتى في هذه الحالة , ليس من اليسير تحديد مبلغ الخسارة . فعلى أي اساس تقدر الخسائر الواقعة على من كان ضحية قطع المحادثات . . . ؟ هل يجب تعويضه عن الأضرار المباشرة وغير المباشرة . . . ؟ وهل يمكن الأخذ في الأعتبار مافات من كسب ، كان من الممكن ان يعود على المضرور , في حالة ابرام العقد . . . ؟ واذا كان الرد بالإيجاب , فعلى أي أساس يستند . . . ؟ ان افاق التفكير النظري واسعة , ولكن الاحكام القضائية قليلة وغير كافية بدرجة تسمح باستخلاص مباديء جديرة بالثقة . وبالاضافة الى ذلك من الصعب ان نتصور من الناحية العملية , ان تتم اجراءات هدفها الحصول على تعويض نتيجة خطأ سابق على العقد . فحرصاً على مصالح التجارة الدولية , وحفاظاً على مستقبل التعامل بين التجار قد يكون من غير المرغوب فيه للأطراف ان يعلن عن الدعوى المقامة . لذا من المتصور ان يتفق المتفاوضون على مبدأ شرط جزائي يحدد مقداره في خطاب صريح .

– *((Le fait d'entrer en pourparlers cree entre les parties une situation spe'cial . . . Des obligations partaculeires leur incombent du fait meme d'Avoir entame des negociations . .))*
- Mazeaud (J) : Traite theorique et pratique . . . O.P. cit. P. 111 .

نستنتج من العرض السابق , ان الاخلال بالالتزام بالادلاء بالمعلومات الضرورية قبل التعاقد تترتب عليه المسؤولية التقصيرية وبالتالي يترتب على المخل الجزاء الذي هو عبارة عن تعويض الضرر او فسخ العقد اذا تم او نحو ذلك بحسب طبيعة الأخلال .

وأخيراً تبين لنا ان مرحلة ما قبل التعاقد , غالباً ما تكون معقدة ومشحونة بالاتصالات التليفونية والفاكس والتلغراف وتبادل المذكرات وغيرها من الوثائق والمستندات , وفي هذه المرحلة يتمدد مضمون العقد , من حيث تعيين أطرافه ومدة سريانه ونوع المعرفة الفنية المراد نقلها كمحل فية وقيود استغلالها والتزامات الطرفين وجزاءات مخالفة الالتزامات وكيفية أنقضائها . بالأضافة الى أحكام أخرى يتم الاتفاق عليها كتسوية المنازعات وتعيين القانون الواجب التطبيق , وهذا ما سنأتي على بيانه في محله أن شاء ا .

الفصل الثاني

المرحلة التعـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـاقدية

العقد عموماً , هو بناء قانوني يمثل تعبير استراتيجية اطرافه , كما يتصورونه في الأهداف التي يستحقها موضوعه , وان صياغة هذا العقد او تحريره , يعني اعطاء اتفاق المتعاقدين الطابع القانوني لاحداث الاثار الذي اتجهت اليها ارادتهم . لذلك يجب أن تكون الصياغة خالية من الخطأ او التحايل او الغش , لأن مهمة تحرير العقد , تبدو صعبة مالم يقم بها القانونيون في ضوء الاتفاقات الأولية , التي كان لها دور بارز في توضيح الأمور الفنية ويسعى طرفا العقد لتحديد حقوق وواجبات كل منهما بدقة متناهية , لأن هذا العقد يتميز بصيغة خاصة .

كما وان عقد الترخيص يتميز بتنوع محله وعناصره , بما يسمح للمتعاقدين ادخال الشروط التي تتراءى لكل منهم في الحدود التي لا تخالف النظام العام , حيث يمكن ان تكون براءة الاختراع محلاً له , وكذلك المعرفة الفنية وجميع عناصر الملكية الصناعية , كما أشرنا سابقاً .

ويستهل العقد في معظم الأحيان احكامه بديباجة نشير الى أهدافه , بما يوضح خبرة المرخص (المورد) وحاجة المرخص له (المتلقي) , وسرية المعرفة الفنية كمحل في العقد , وهي تشكل مصدراً اضافياً لتفسير التزامات اطراف العقد في حالة النزاع . فهي تقوم بدور هام في استضهار قصر المتعاقدين , عندما لا يكشف عنها ظاهر النص في العقد , مالم يتم الاتفاق على خلاف ذلك[1] .

لذا نتناول في المبحث الأول , الاتفاقات التي تؤدي الى ابرام العقد , ومن خلاله نسلط الضوء على محل العقد لأهميته , واذا ما نشأ العقد صحيحاً , فسوف يرتب آثار قانونية , سنحاول بيانها في مبحثٍ ثانٍ .

د. محسن شفيق – نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، مطبعة جامعة القاهرة ، مصر ، 1984 ، ص65 .

المبحث الأول

الأتفاقات التي تؤدي الى أبرام العقد

تنظيم المضمون التعاقدي , يعني تحديد هذا المضمون بالبحث عن أحسن وسيلة ممكنة , لوضع كل ما سيطلبه طرف من الآخر عن طريق العقد , ويتم تنظيم هذا المضمون بصورة تتصل فيها مرحلتي التفاوض والابرام , بحيث تكمل الثانية الأولى .

وهناك صعوبة في تحديد مضمون العقد , بسبب تعدد الوثائق والعناصر المكونة لمحله والخدمات التي تعتبر من مستلزمات هذا المحل . ويعتبر العقد قد تم ابرامه , اذا كان من شأنه القيام بدوره الاقتصادي في تبادل الاداءات , وذلك في الوقت الذي يتم فيه تحديد محل الالتزامات الرئيسية بصورة كافية , فالتنوع الكبير للوثائق التي تصاحب ابرام العقد , قد تتطلب عملية ابرازه في شكله الأخير وقت طويل , وقد يوقع الأطراف عدة وثائق على نحو متتابع من حيث الزمان , وقد يفضل الطرفان التوقيع في وقت واحد على مختلف وثائق العقد . لذا سنخصص المطلب الأول , للاتفاقات المتعاقبة , والمطلب الثاني لمحل عقد الترخيص .

المطلب الأول

الأتفاقـــــــــات المتعاقبة

Les accords successifs

يبدو ان الالتجاء الى الاتفاقات المستمرة ينتشر في الوقت الحاضر في مجال عقود نقل التكنولوجيا عموماً . وبالتعمق في تحليل تكوين العقد , خاصة من الناحية الفنية , نستطيع ان نتبين أنه غالباً ما يتكون العقد من مراحل متتالية بوساطة اتفاقات جزئية وسواء كانت هذه الاتفاقات , مجرد اتفاقات او عقود حقيقية , فان تساؤلنا يثار بصدد صعوبة الرد , بصورة قاطعة , على الوصف الذي يمكن ان يضفي على هذه الأتفاقات الجزئية . ونعرض فيما يلي لهذين الأمرين .

الفرع الأول

مدى فعالية الاتفاقات الجزئية

De L'efficacite des accords partiels

يجب ان نتصور في اطار موضوعنا , مشروع اتفاق مركب يتم التفاوض بشأنه , جزءاً بعد جزء , حيث يستطيع الطرفان بعد اتفاقهما على جزء من الالتزامات , التوقيع على وثيقة تعبر عن هذا الاتفاق , وهذا الاتفاق الجزئي , لا يفرض على الأطراف التنفيذ الفوري , فالتنفيذ لا يكون الزاماً , إلا عند توقيع العقد النهائي . ويعرف الفقه هذا الاتفاق الجزئي بلفظ *Punctation* قاصدين بذلك المحرر الذي يحدد النقاط موضوع المفاوضات التي تم الأتفاق عليها[1] ولادراك مفهومها , يجب ان ندخل في الاعتبار الصورة التقليدية لتكوين

وهذا الاصطلاح غير مألوف في الفقه الفرنسي وتقل معرفته في القضاء ، وقد عرف هذا الاصطلاح في القانون الالماني ، انظر في هذا :

- Serna (J.C) : Le refus de contracter , ed , L.G.D.J. Paris . 1967 . P. 51 .

العقد , فمفهوم الرضا في العقد يتطابق بمجرد تلاقي ارادتين , ومع التقاء الايجاب بالقبول يتم الارتباط ويقوم التراضي , وهو عنصر جوهري في العقد طالما توافرت الشروط المتعلقة بمحل وسبب العقد .

ويمكن ان تتطابق هذه الصورة بصدد العقود البسيطة التي تجري في الحياة اليومية , وكذلك بالنسبة لعدد كبير من العقود التجارية التي تستلزم السرعة . ولكن الحقيقة أكثر تعقيداً من ذلك , فالعديد من العقود يتم على مراحل متتابعة , وتتطلب طريقة تكوينها ان يكون هذا التكوين تدريجياً *Une Formation Progressive* , سواء تعلق الأمر بتكوين الرضا او العقد نفسه .

وفي غالب الأحيان يكون التكوين المتتابع للعقد ارادياً يقوم به الأطراف , اذ يسعى هؤلاء أثناء عملية المفاوضات السابقة على التعاقد , الى الاتفاق رويداً رويداً بشأن العناصر المختلفة التي يجب ان يتضمنها العقد . ومن هنا يتضح ان الصورة التقليدية التي تقصر الاتفاق على تلاقي الايجاب بالقبول تعد تحكماً . اذ الواقع ان عدداً من العقود تسبقها مفاوضات . وعندما تختلف ارادات الاطراف عند التقائها للمرة الأولى , ثم تصل الى اتفاق جزئي بعد تنازلها المتبادل عن بعض متطلباتها , يمكن للمتعاقدين عندئذ ان يأملوا ان يكون للعقد حياة قانونية . ولهذا فانهم يقومون بتدوين النقاط المختلفة التي تم الاتفاق عليها

كتابة , اي يعملون ما يسمى بـ *punctation* ولكن هناك عدة أوضاع متميزة ينبغي مواجهتها . فقد يتحفظ الاطراف في اعطاء الاتفاقات الجزئية فعالية الى حين الاتفاق على مجموع المسائل المعروضة , كما يمكنهم تقسيم الاتفاق وفقاً لصورة التفاوض , فعدم الاتفاق حول بعض النقاط , لا يعني بالضرورة عدم فعالية الاتفاقات التي تمت حول النقاط الاخرى . وقد يؤدي الاتفاق حول بعض النقاط الى الاتفاق بشأن نقاط اخرى , وهنا يثار التساؤل حول مسألة , ما هو التكييف القانوني لهذه الاتفاقات الجزئية þ وهذا ما سنراه في الفرع الثاني .

الفرع الثاني
التكييف القانوني للاتفاقات الجزئية

يتفاوت تقدير القيمة القانونية للاتفاقات الجزئية والمسماة *punctation* بين الفقهاء في فرنسا حيث يرى من الفقهاء ان *punctation*, هو اتفاق يرد على العناصر الجوهرية للصفقة دون الأمور الثانوية . وهناك من يقول , انها الاتفاق الجزئي الذي يتناول العوامل الاساسية ويتم معه تكوين العقد[1] . فالاتفاق الجزئي , ليس إلا العقد نفسه , وان الوثيقة النهائية اللاحقة ما هي إلا تكملة له[2] .

الا ان هناك من يناقض ما جاء اعلاه , ويرى ان *punctation* حتى ولو تعلقت بالنقاط الاساسية لا تعتبر ذاته , وانما هي اتفاق ناتج عن مفاوضات , مهمتها الاحاطة بالنقاط المتفق عليها[3] .

ومهما يكن الرأي الذي قيل بصدد الاتفاق الجزئي *punctation* , فان رجال القانون مجمعون على ان الطبيعة القانونية للاتفاقات الجزئية , تخضع اساساً لارادتي الطرفين . ومن المهم معرفة ما اذا كان الاطراف يرغبون في ابرام اتفاق مؤقت *accord temparaire* او توقيع وثيقة ذات طابع نهائي *caractere definitif* . فلنفحص هذين الفرضين داخل اطار عقود نقل التكنولوجيا , اذ ان صيغة الاتفاقات الجزئية توجد على نحو خاص في هذا المجال .

اذا ما قام الاطراف اثناء المحادثات بكتابة محرر لاثبات اتفاقهما على اداء ما , دون امكان عزله عن تحديد الالتزامات المتبادلة *obligations Reciproques* , تكون بصدد اتفاق مؤقت . فاذا كان من الصعب , استخراج جزء متجانس من الاتفاق الجزئي , لا يمكن اعتباره العقد المراد تكوينه , حتى لو تضمن الاتفاق عدة عناصر اساسية , ذلك ان الاطراف لم يرغبوا التصديق إلا على اتفاق محادثات *convetion de pourparles* وظيفته ايجاز

– *Mousseron (J.M) : O.P. cit. P.77 .*

–*Civil 16 Fevrier 1977 , Revue sociale 1977 , 681 note Guyon .*

– *Rieg (A) : La punctuation , contribution , al Etude de la formation successivs du contrat, etudes offertes a juaffret , 1975 , P. 597 ets .*

حالة سير المفاوضات . ومن المألوف في الواقع , ان يحاول الأطراف تحديد الخطوط العريضة للمشروع المراد انشاؤه ويحدث آنذاك توزيع تقديري خاص للأعمال بقصد توضيح الموقف . فالوثيقة ليست اذن , إلا مشروعاً له طابع مؤقت , لا محل للشك فيه .

ولا يكون الامر كذلك , عندما يكون الاتفاق الجزئي نهائياً , اذ يتم تنفيذه بشرط ان تتضمن الاداءات التي يمكن فصلها عن العناصر الاخرى , كمصنع بكامل خطوطه الانتاجية او طريقة الصنع او المساعدة الفنية . . . الخ , والذي يتم بشأنها اتفاق على كل المكونات الاساسية , وخاصة نطاق الالتزامات والثمن .

وفي اطار هذا الافتراض , يتناول الاتفاق النقاط الاساسية والتي اعتبرها فريق من الفقه الفرنسي ابرام العقد نفسه . ويقول هؤلاء الفقهاء ان العقد قد ابرم لأنه على حد قولهم , يمكنه القيام بمهمة التبادل الاقتصادي , طالما ان محل الالتزامات الاساسية قد تحدد بدرجة كافية . وبالرغم من عدم وجود اضافات او ايضاحات , الا ان العقد قائم . . . واذا اقتضى الامر يكون على القاضي ان يحسم المسائل الثانوية الخاصة بالتنفيذ . ففي حالة البيع مثلاً يحدد طرق الدفع , ويستنبط الفقهاء الذين يعتبرون الاتفاق الجزئي *punctation* الاعداد النهائي للعقد المراد تحقيقه , انه قد يبرم العقد بواسطة اتفاق الاطراف الجزئي , بشرط ان يتم الاتفاق على العناصر الاساسية , ويسود هذا التصور الاوساط الصناعية . ونظراً للوصول الى اتفاق لا يمكن العدول عنه , فان الاطراف يقررون اعتبار ان العناصر التي تم تلاقي الارادتين حولها هي العناصر الجوهرية , ومن هنا تبرز القاعدة التقليدية, التي تنص على التراضي التام *Le consentement Forme* بشان عناصرالعقد الاساسية يكون كافياً . وهكذا وفقاً لقول الاستاذ *Mousseron* , ان *punctation* , الذي يعد اتفاقاً نهائياً على اداء محدد, يعد جزءاً من العقد نفسه, هذا العقد يتكون تدريجياً من خلال اداءات متجانسة ومتعاقبة[1] .

ولهذا قد يحدث ان يوقع الاطراف وثيقة خاصة بعملية التمويل مثلاً , او وثيقة تتناول موضوع اعداد القوة العاملة , وذلك طالما ان الاتفاق قد تم[2] . وهذا الاسلوب المتعلق

- *Mousseron (J.M) : La duree dane La formation . . . O.P. cit. P. 519 .*

– *Boyer (L) : L'exportation des connaissances et La vente de Projects industriels , ed, dorganisation , Paris , 1977 , P. 119 .*

بتكوين العقد , قد يستخدم في موضوع بحثنا (عقد الترخيص) وعلى حد قول ذوي الخبرة
له بعض المزايا , خلافاً للمفاوضة الشاملة *Le Negociation globale* اذ من شأنه ان يمنح اية اعادة نظر في الاتفاق الجزئي من طرف واحد فيما بعد . ولكنه مع ذلك , يتيح التساؤل حول الاثار المترتبة على توقيع الاطراف على الوثيقة الجزئية . فهل يجوز لطرف في العقد ان يقتضي التنفيذ الفوري *L'execution immediate* ؟ ويرد على هذا التساؤل بالايجاب , اذا كانت الاطراف المتعاقدة قد وقعت بقصد البدء في الاعمال[1] .
ولكن كقاعدة عامة , يعلق الاطراف التنفيذ الجزئي على ابرام الاتفاق النهائي , وتؤجل فاعلية الاتفاق الجزئي من حيث الزمان الى حين الحصول على اتفاق بشأن الصفقة . فعلى سبيل المثال , يتوقف تنفيذ الاداءات الخاصة بالمساعدة الفنية الى انجاز المجمع الصناعي . ومن هنا يمكن ان نفترض ان الاطراف يجعلون من الاتفاق على الكل شرطا لتنفيذ الاتفاق الجزئي *punctation* مالم يوجد شرط يخالف ذلك .
وسواء كان *punctation* كافياً للوصول الى العقد نفسه , او مجرداً من أية قيمة قانونية , فأن ارادة الاطراف تتحمل النتائج التي ارادت ذلك . فالقوة الملزمة لهذه الاتفاقات ترجع الى ارادة الاطراف . واذا كان التراضي الذي يتكون بصفة تدريجية يفترض بالضرورة تعدد الوثائق , فان التراضي الفوري لا يستبعد وجود عدة وثائق متزامنة , اي ان الاطراف يصدقون على عدة وثائق , ذلك انهم انتظروا حتى يصبح الاتفاق كلياً , لتوقيع اتفاق
فوري , ولكن بدلاً من التوقيع على وثيقة واحدة قد يؤثر الاطراف توقيع الاتفاق على عدة وثائق . وهكذا قد توجد على سبيل المثال , وثيقة خاصة بالتمويل وثانية بالمساعدة الفنية وثالثة لتوريد طريقة الصنع ورابعة للادارة واخرى للمباني , وهذا دون حصر الملحقات الفنية . ومما لا شك فيه ان الاطراف يرغبون عند هذا المستوى في ابرام اتفاق نهائي , وليس مجرد اتفاق محادثات .

ذلك ان الاطراف قد يهدفون الى انشاء مجمع صناعي ، وقد يبدو من الغريب ان يرغب الاطراف في تنفيذ جزئي للاداءات ، والواقع ان التنفيذ الجزئي قد تكون له بعض المزايا ، مثل اعداد القوة العاملة ، لذا يكون من المناسب ان يحدد في الوثيقة ما اذا كان الاتفاق قابلا للتنفيذ الفوري من عدمه .

المطلب الثاني

محل عقد الترخـــــــيص

الحقيقة ركزنا على محل العقد باعتباره أهم ركن في العقد كونه يعبر عن قيمة العقد الاقتصادية والصناعية . والمحل *L'objet* ركن في الالتزام كما هو ركن في العقد , ومحل الالتزام هو ما يتعهد به المدين ، وهذا الاخير قد يلتزم باعطاء شيء أو بتأدية شيء أو الإمتناع عن عمل (المادة *54* مدني جزائري والمادة *126* مدني عراقي) . اما محل العقد فهو العملية القانونية التي يتراضى الطرفان على تحقيقها ، والمحل بصفة عامة هو أحد أركان العقد ، ويتعين ان يتوافر فيه شروط منها ، كأن يكون ممكنا أو موجودا (المادة *93* مدني جزائري والمادة *129* مدني عراقي) ، وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين (المادة *94* و *95* مدني جزائري والمادة *128* مدني عراقي) ، وأن يكون مشروعا (المادة *96* مدني جزائري والمادة *130* مدني عراقي) . وقد نص المشرع الجزائري على المحل في المواد *92* ـ *98* من القانون المدني ، ولم يفصل بين المحل والسبب ، مع أنهما ركنان مستقلان ، فجاءت النصوص المتعلقة بهما متداخلة وكان ينبغي الفصل بين أحكامهما ، حتى لا يختلط السبب بالمحل[1] .

هذه الشروط لازمة سواء كان العقد من العقود الداخلية أو الدولية ، وبما أن المحل في عقد الترخيص ينصب عادة على (براءة اختراع او معرفة فنية او علامة تجارية) , فمن الضروري بيانها و توضيح مفاهيمها لكونها تشكل حق له قيمة مالية وقابل للتداول ، اضافة لأهميته في مجال التبادل التجاري الدولي ، لذا سنتناولها تباعا .

د. بلحاج العربي ـ المصدر السابق ، ص*138* -*139* .

ـ نظم المشرع العراقي المحل بموجب المواد *126* -*130* من القانون المدني ذو الرقم *40* لسنة *1954* .

الفرع الاول

مفهوم براءة الاختراع

براءة الاختراع , هي الوثيقة التي تمنحها الادارة للمخترع , فتخول له حق استغلال اختراعه مالياً , والتمتع بالحماية القانونية لهذا الغرض , وذلك لمدة محددة وبشروط
معينة[1] . فالدولة بصفتها ممثلة للجماعة , تمنح المخترع هذه الوثيقة مقابل ماقدمه للجماعة بهذا الاختراع , فيعترف له القانون بحق خاص على اختراعه , يمكنه من استغلاله مالياً , سواء بنفسه او بطريق التنازل عنه للغير , وهذا الحق مطلق ومانع *droit exclusif et privatif* يستاثر به دون غيره في مواجهة الجماعة[2] .
ولا يمنح هذا الحق إلا بتوافر شروط شكلية متمثلة , باتباع بعض الاجراءات الادارية تبدأ بتقديم طلب الى المسجل لغرض تسجيل الاختراع , ويرافق بالطلب وصف تفصيلي للاختراع وطريقة استغلاله على وجه قابل للتنفيذ ويشمل الوصف العناصر الجديدة التي يتطلب صاحب الشأن حمايتها , كما يرفق بالطلب , رسم الاختراع تبعاً لمقتضيات الاحوال ويكون كل ذلك بالكيفية التي يحددها القانون , وفق المادة *9* من قانون حماية الاختراع الجزائري الرقم*93-17* الصادر سنة *1993*[3] . وهناك شروط موضوعية[4], متمثلة بالاتي :

1 . ان يكون الاختراع جديداً (المادة *4*) .

2 . ان يكون هناك ابتكار (المادة *5*) .

3 . ان يكون الاختراع قابلاً للاستثمار الصناعي (المادة *6*) .

4 . ان لا يكون الاختراع مما يحظر القانون منح البراءة عنه , اي غير مخالف للقانون والنظام العام والاداب (المادة *7* ، *118*) .

د. محمد حسين ـ الوجيز في الملكية الفكرية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، *1981* ، ص*127* .

د. سميحة القليوبي ـ الوجيز في التشريعات الصناعية ، ج*2* ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، *1967* ، ص*23* .

المادة *16* من قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية العراقي رقم *65* لسنة *1970* ، نصت على هذه الشروط الشكلية .

المادة (*1*) الفقرة (*4*) من قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية العراقي ذو الرقم *65* لسنة *1970* ، نصت على الشروط الموضوعية ، والتي تتطابق مع الشروط التي نص عليها التشريع الجزائري .

وتتميز براءة الاختراع , بأنها من المنقولات المعنوية , ولها مضمون اقتصادي ذو قيمة مالية هو الذي يجعلها قابلة للتصرف والانتقال . اما الحق الادبي للمخترع , فهو حق دائم لصيق بشخص المخترع , وهوحق غير قابل للانتقال , كذلك ما يميز البراءة , انهاحق مؤقت , اي ينقضي خلال اجل معين , لأنه يتعلق بمدة الاختراع , وهذه المدة حددها المشرع الجزائري بـ 20 سنة , حيث تنص المادة 9 من المرسوم التشريعي المرقم

93-17 لسنة 1993 , المتعلق بحماية الاختراعات , بقولها (تحدد مدة براءة الاختراع بعشرين سنة ابتداءاً من تاريخ ايداع الطلب)[1] . كما تجيز كافة القوانين المنظمة لبراءة الاختراع , التصرف في البراءة بجميع التصرفات القانونية , كالبيع والرهن والترخيص , وينتقل الحق بها بالميراث والوصية , إلا ان هذه التصرفات تكون نافذة فيما بين الطرفين , ولا تكون حجة على الغير , إلا من تاريخ تأشيرها في السجل المعد في المعهد الوطني للملكية الصناعية والتوحيد الصناعي , وتنص المادة 23 من الامر المشار اليه , حول قابلية البراءة للتصرف , بقولها (تكون الحقوق الناجمة عن براءات الاختراع او شهادات الاضافة المحتملة او الطلبات المتصلة بذلك , قابلة للانتقال كلياً او جزئياً طبقاً للتشريع المعمول

به)[2] .

ويلاحظ من النص المذكور , انه بمجرد صدور البراءة , فانها تدخل في الجانب الايجابي للذمة المالية للمخترع . ويمكن حجزها ومن ثم يمكن ان تكون محلاً للكثير من التصرفات القانونية , فيستطيع اذا لم يشأ استغلالها بنفسه ان يتنازل عنها للغير بعوض او بدونه وان يقدمها كحصة في شركة[3] . او يرهنها ويقترض بضمانها او يرخص للغير

تنص المادة 13 من القانون العراقي المذكور على مدة البراءة بقولها (مدة البراءة خمسة عشر سنة تبدأ من تاريخ طلب البراءة او من تاريخ اكمال الوثائق . . .)

تنص المادة 25 من القانون العراقي المذكور (يجوز التصرف بالبراءة بكافة التصرفات القانونية وتنتقل ملكيتها وجميع الحقوق المترتبة عليها بالميراث ، ولا يكون التصرف بالبراءة حجة على الغير الا في تاريخ تأشير ذلك في السجل المعد في المديرية ويعلن عن التصرف بالبراءة عن رهنها ونقل ملكيتها حسب الاصول) .

– Amiaud (A) : L'apport des brevets dinvention en siciete Melange Marcel Plaisont , Paris , 1960 , P. 3 .

باستغلالها ومقابل مبلغ محدد , ويعد هذا التصرف الاخير , من اهم صور التعامل على براءات الاختراع , سواءاً بالنسبة لصاحب البراءة او الغير[1] .

الفرع الثاني
مفهوم المعرفة الفنية

بدأ الحديث عن المضمون الحقيقي للمعرفة الفنية , كمحل في هذا العقد , وكان الفقه الامريكي اسبق من غيره في بحث هذا الموضوع , وتصدى الى تعريف حق المعرفة *Know – How* كمحل في العقد منذ عام *1961* وخاصة في الاوساط التجارية , على أنه

(توضيح الفنون الصناعية او التكتيكية التي لم تعرف بدقة ولا يتأتى استخدامها في التصنيع بسهولة او انه توضيح للاجراءات والمراحل المعقدة في الصناعة)[2] .

ولم يقعد الفقه الفرنسي عن ممارسة دوره , في هذا المجال ووضع تعريف للمعرفة الفنية , حيث أستخدم مصطلح يختلف عن *Know – How* وهو *Savoir Faire* [3] , وناقش الفقه محل العقد على اساس انه المعرفة الفنية , وعبر عنها الاستاذ *Maurice Dahan* بانه

د. سمير حسن جميل الفتلاوي ـ استغلال براءة الاختراع ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، *1984* ، ص*52* .

انظر تعريف الفقه الامريكي لحق المعرفة (*know-How*) .

- Magnin (F) : Know-How et propriete industrielle . O . P . cit , P. 33-36 .

يرى الاستاذ *Jacques Azema* ، استاذ القانون بكلية الحقوق ، جامعة ليون ، ان لفظ *Know-How* ادق في التعبير من لفظ *Savoir-Faire* لا تعطي تماما كل مضمون فكرة *Know-How* .

ـ راجع في ذلك الى مقالة بعنوان *Definition Jurdeque du Know-How* ، منشور في مؤلف اصدرته جامعة مونبليه عام *1975* ، ويتضمن هذا المؤلف مجموعة ابحاث قدمت الى ندوة خصصت لمناقشة موضوع نقل التكنولوجيا . *Le Know-How* .

(الفكرة عن التكنيك المطبق على الماكينات والادوات والالات اللازمة لهذا التكنيك)[1] . وهكذا فان هذه التعريفات التي ساقها الفقه الفرنسي , كانت تبحث عن ايضاح مضمون المعرفة الفنية كمحل في العقد , مع بيان عناصر وخصائص هذا المضمون الا ان الاتفاق على تعريف محدد لم يتحقق .

كذلك فان الفقه المصري , لم يقعد هو الاخر عن المشاركة في البحث عن تحديد معنى واضح للمعرفة الفنية , وكانت الدراسات والابحاث التي اعدتها لجنة وضع السياسة التكنولوجية في مصر تتضمن العديد من التعريفات , وتؤدي في مجملها الى ان التكنولوجيا هي (المعرفة المنهجية الضرورية لصناعة اي منتج او تطبيق عملية او اداء خدمة سواء تبلورت هذه المعرفة في اختراع او رسم او نموذج صناعي او نموذج منفعة , او معلومات او مهارات تقنية او الخدمات او المساعدات التي يوفرها الخبراء لتصميم او تركيب او تشغيل او صيانة مشروع صناعي او ادارة مشروع صناعي او الاشراف على نشاطاته . وانها بصفة عامة مجموعة المعارف والمعلومات الفنية اللازمة لتصنيع منتج او انشاء مشروع لهذا الغرض سواء كانت هذه المعارف تتعلق ببراءة اختراع او معرفة فنية او علامة تجارية)[2] . على ان التعريف الذي انتهت الية اللجنة , جاء مقتبساً في معظمه من التعريف الذي وضعته المنظمة العالمية للملكية الفكرية الويبو *World Intellectual Property Organisation WIPO* في دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية[3] .

وقد ذهب الاستاذ محسن شفيق , لغرض تحديد معنى واضح للمعرفة الفنية , من خلال حديثه عن التكنولوجيا (هي مجموعة معلومات تتعلق بكيفية تطبيق نظرية عملياً او اختراع , اي انها الجانب التطبيقي للعلم . وانه يطلق عليها في الاصطلاح الدارج حق

– *Dahan (M) : probleme Juridiques des transferts de technologie adestantion des pays en voie de development , ed , pedone , paris , 1976-1977 , P. 75* .

انظر التعريفات العديدة التي خضعها الاقتصاديون والمهندسون منشورة في مجموعة دراسات وابحاث نشرتها اللجنة المشار اليها انفا ، بهدف وضع قانون تنظيم عملية نقل التكنولوجيا ، منشورات اكاديمية البحث العلمي لعام *1985* .

_ انظر كذلك د. احمد ابو زيد ـ الظاهرة التكنولوجية ، مجلة عالم الفكر ، المجلد الثالث ، العدد الثاني ، لسنة *1972* ص*445* .

انظر البند *78* من الباب الاول من الدليل الذي اعدته منظمة الويبو بعنوان (دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية) منشورات منظمة الويبو لعام *1978* ، رقم (*A* ـ *620*) ، ص*32* .

المعرفة)[1] . ومن خلال التعاريف التي ذكرناها انفاً , يتضح ان للمعرفة الفنية خصائص تميزها عن براءة الاختراع *invention brevetable*, وكذلك السر الصناعي

Secret de fabrique ومنها سرية المعرفة الفنية , وهذه لا تأتي من كونها اداة حماية للمعرفة الفنية فحسب , بل لأنها اداة رئيسية لاحتكارها والاستئثار باستغلالها , بالاضافة الى انها تعطي مالك المعرفة الفنية ميزة بارزة على منافسيه ,

ويلحق بهذه الخاصية ,خاصية اخرى مرتبطة بها لا تقل اهمية عن السرية والخبرة , وهي قابليتها للتداول لأنها ذات اثر كبير في قيمتها الاقتصادية وتمثل شرطاً رئيسياً فيها كمحل في العقد , الذي يهدف اطرافه الى ان تسهم المعرفة في عملية التنمية , ولا تتحقق هذه الاهداف بغير هذه الخاصية[2] .

وخلاصة القول , ان المعرفة الفنية وقابليتها للتداول , تعني ان انتقالها من منشأة الى أخرى وفي مناطق متعددة[3] . بصرف النظر عن انتقالها مباشرة او عن طريق تدخل اشخاص يقدمون المساعدة الفنية *Assistance Technique* وهذه الخاصية تميزها عن المهارات اللصيقة بشخص صاحبها .

ويلاحظ ان جميع التعاريف التي قيلت بهذا الشأن , متضاربة , تفسر على عدم وجود دقة في عناصر المعرفة الفنية والتفسيرات المسايرة للمصالح الخاصة , التي زادت في عدم وضوح مفهوم المعرفة الفنية وان عملية تحديد معنى لها صعبة جداً وتختلف من دولة الى اخرى , وذلك كون كل منهم يؤسس تعريفه على المصلحة الخاصة به لا غير . كما تحدد ضوابط لاستعماله في مجال نقل التكنولوجيا , كما ان موضوعها جداً هام في المجال الصناعي , بحيث تكون محلاً للعقد بشكل انفرادي , اي العقد ينصب على المعرفة الفنية فقط , إلا انه في حالات اخرى يكون مندمجاً ضمن عقد شامل ومركب .

د. محسن شفيق ـ نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ـ المصدر السابق ، ص8 .

د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص114 .

د. نصيرة بوجمعة سعدي ـ المصدر السابق ، ص172 .

الفرع الثالث
مفهوم العلامة التجارية

العلامة هي كل اشارة او دلالة يتخذها التاجر او الصانع او المشروع فرداً كان او شركة خاصة كانت ام عامة , شعاراً لبضائعه او خدماته التي تؤديها كالنقل والسينما او منتجاته الصناعية او الزراعية او الطبيعية , نمييزاً لها عن مثيلاتها , فلا تلتبس بها في السوق[1] .

فالعلامة التجارية او الصناعية , وسيلة من وسائل المنافسة المشروعة بين المنتجين والتجار , شأنها شأن بقية حقوق الملكية الصناعية , بحيث اذا اتخذ احد التجار او المنتجين علامة تجارية او صناعية معينة تمييزاً لبضائعه , فأنه يمتنع على غيره من التجار او المنتجين استخدام هذه العلامة لتمييز سلع مماثلة , اي انها تتمتع بالحماية المقررة لحقوق الملكية الصناعية . وينظمها في الجزائر الامر رقم *66-57* المؤرخ في *19 / 3 / 1966* المتضمن اعلانات المصنع والعلامات التجارية والمعدل بالامر رقم *67-223* المؤرخ في

19 / 10 / 1967 . ولكي تتمتع العلامة بالحماية القانونية , يجب ان تتوفر فيها الشروط التي اوردتها المادتان الرابعة والثانية والعشرون من الأمر المذكور .

ان تتخذ شكلاً معيناً مميزاً *Signes distinctifs* سواء بالكلمات او بالاحرف او الارقام او الرسوم او الامضاءات او الصور او غير ذلك مما يميز البضاعة او المنتجات , او يدل على تأدية خدمة ما .

ان تكون لها صيغة مبتكرة في ذاتها *nouveaute intrinseque* , اي تجعل لها ذاتية خاصة , فلا تعد علامة تجارية ما يتألف من اشكال شائعة وعادية .

ان تكون للعلامة صفة مبتكرة بالنسبة للعلامات الاخرى , فلا تكون مطابقة او مشابهة لغيرها .

ان تكون العلامة مشروعة اي ان لاتكون منافية للآداب او النظام العام .

---

1) د. محمد حسنين ـ المصدر السابق ، ص*199* .

ان تكون العلامة مطابقة للحقيقة , فلا يجوز ان تحوي بيانات كاذبة عن مصدر السلعة او صفاتها او الميداليات او الدرجات الحائز عليها منتجها , لأن ذلك يؤدي الى تضليل المستهلك .

كما نصت المواد 13 و 16 و 17 و 18 و 27 من القانون المشار اليه اعلاه , على اجراءات وايداع وتسجيل العلامات ونشرها , والمعهد الوطني للملكية الصناعية والتوحيد الصناعي , هو المسؤول عن متابعة هذه الأجراءات .

المبحث الثاني

الاثار القانونية لعقد الترخيص

اذا نشأ العقد صحيحا واستوفى جميع اركانه وشروطه ، توفرت له قوته الملزمة فيصبح مضمونه واجب التنفيذ وبحسن نية (المادة 106 و 107 / 1 القانون المدني الجزائري) وهذا الوجوب يعرف بالقوة الملزمة للعقد ، وبالتالي فان عقد الترخيص يرتب التزامات بذمة المرخص باعتباره مورد التكنولوجيا ، والتزامات بذمة المرخص له باعتباره متلقي التكنولوجيا ويتعين على كل منهما الوفاء بما التزم به .

كذلك ينظم عقد الترخيص هذه الالتزامات بشكل يضمن لمالك التكنولوجيا استمرار سيطرته على التكنولوجيا في الوقت الذي يحصل فيه على عائد مجزٍ مقابل استغلالها وامكانية السيطرة على المشروع المتلقي ومن خلاله على اسواق الدولة المضيفة ، وهذا من جانب ومن جانب اخر ، اننا لا نتناول عقد الترخيص لذاته ، وانما باعتباره من ادوات السيطرة والتبعية (سيطرة مصدر التكنولوجيا وتبعية المتلقي) ، او بعبارة اخرى باعتباره اداة لتحقيق استراتيجية الشركات متعددة الجنسية المصدرة للتكنولوجيا بوجهيها الذين اشرنا اليهما . لذا سنتناول الالتزامات الناشئة عن عقد الترخيص في المطلب الاول والمسؤولية الناشئة عن الاخلال بالعقد في مطلبٍ ثانٍ .

المطلب الاول
الالتزامات الناشئة عن عقد الترخيص

من اثار ابرام العقد , اياً كان فهو ينشيء التزامات متقابلة بذمة اطرافه لا سيما المرخص والمرخص له ويتعين على كل منهما الوفاء بما التزم به . ومن هذه الالتزامات , التقيد بحسن النية ومبدأ الأخلاص وشرف التعامل , وهذه المباديء مؤسسة على فلسفة معنوية هي الالتزام بمباديء الشرف التجاري , فضلاً عن أهمية هذه المباديء لتفسير بنود العقد عند الاختلاف بشأنها وما يجب أتباعه من مباديء الثقة والشرف وحسن النية في المعاملات التجارية , في كافة مراحل العقد . والتزامات المرخص والمرخص له في العقد الدولي , متنوعة ويخرج عن مألوف التزامات الاطراف في العقود الاخرى , لذاك سوف نستعرض في هذا المطلب التزامات المرخص و المرخص له فيما نخصص فرع آخر لألتزامات الطرفين المشتركة .

الفرع الاول
التـــــــــزامات المرخص

المرخص كطرف في العقد يكون شخصاً طبيعياً او اعتبارياً من أشخاص القانون العام كالدولة او إحدى المؤسسات التابعة لها او من الاشخاص الطبيعيين وهومالك او حائز المعرفة الفنية .
وعقد الترخيص يرتب التزاماً على عاتق المرخص , يتعين عليه الوفاء بها , وان هناك التزامين رئيسيين سوف نستعرضهما في هذا المطلب , ونرجوء الالتزامات الاخرى التي ترد عادةً مشتركة بينه وبين المرخص له لبحثها في مطلب ثالث . اما الالتزامان الرئيسيان , هما (الالتزام بنقل المعرفة الفنية) و (الالتزام بالضمان) سنخصص لكل واحدة منهما نقطة مستقلة على النحو التالي .

اولا : الالتزام بنقل المعرفة الفنية :

نقل المعرفة الفنية تعاقدياً , هو إحدى وسائل نقل التكنولوجيا , على مستوى التجارة الدولية , والمورد وهو ينفذ التزامه بنقل المعرفة الفنية , لابد ان يضع بحسبانه ان ما ينقله ذو عناصر يتعين الوفاء بها كاملةً , وإلا يبقى التنفيذ ناقصاً , بحيث يكون امام حالة عدم التنفيذ وما يترتب عليها من تعويض للعقد برمته , لأن المعرفة الفنية ليست اشياء مادية او مستندات فحسب ولا هي تعليمات او طرق فنية فقط , بل هي بالاضافة الى ذلك مزيجاً من عناصر متعددة تتكون منها[1] .

وعلى ذلك فان المعرفة الفنية , تتكون من عدة عناصر , عبارة عن اشياء مادية ومستندات توضح دراسات الجدوى والخرائط , والطرق الفنية المشتملة على التعليمات والارشادات والتركيبات والمواصفات بالاضافة الى المساعدة الفنية *Assistance technique* التي تشتمل تقديم المستشارين وتدريب العاملين وبالنسبة للأشياء المادية , فهي تلك التي تتعلق بالمعرفة الفنية ومن مستلزماتها كقطع الغيار والاجهزة ولوازم المصنع والعينات , ويتم نقل هذه الاشياء وفقاً لاتفاق الطرفين مع مراعاة مكان التسليم وزمانه ومطابقتها لما هو منصوص عليه في العقد , وان هذه الاشياء لا ينتظر ان تثير من المنازعات ما يقلق طرفي العقد[2] .

اما المستلزمات , فأنها ركيزة المعرفة الفنية , وتشمل في الكثير من العقود دراسات الجدوى والخرائط والرسومات بالاضافة الى المستندات التي تبين النهج الذي يتبعه المتلقي في اكتساب المعرفة الفنية واستيعابها , وهي تتضمن التعليمات ونسب التركيبات والنصائح العلمية لمباشرة استغلال المعرفة الفنية . ويلتزم المورد بنقل عناصر المعرفة الفنية كأساس لبداية تنفيذ العقد , بحيث يتم بصورة مادية تخضع لأحكام القواعد العامة في العقود من حيث مكان التسليم وزمانه والمطابقة[3] .

د. محسن شفيق ـ المصدر السابق ، ص22 . ويقول (ان جوهر اتفاق التكنولوجيا ليس هو العناصر المادية التي قد يشملها الاتفاق وانما هو العنصر المعنوي الذي يتمثل في حقوق الاختراع او حق المعرفة او معلومات او خدمات فنية) .

– *Deleuze (J.M) : O.P. cit. P. 62 .*

– *Magnin (F) : O.P. cit. 313-316 .*

اما بالنسبة للزيارات والتدريب وكل ماتتضمنه المساعدة الفنية , فيتعلق ذلك بإلتزام اكثر اهمية من نقل المعرفة الفنية بعناصرها المادية السابقة , والوفاء بهذا الالتزام يعد بحق نقلاً للمعرفة الفنية والاخلال به يؤدي الى عدم تحقيق نتائج المعرفة . وهنا العنصر في المعرفة الفنية , يعني بالنسبة للمتلقي الشيء الكثير , خاصة اذا كان يفتقر الى الخبرة والدراية الكافية , ويتم تقديم المساعدة الفنية بأشكال متعددة كالزيارات التي يقوم بها مهندسو المتلقي الى منشاة المورد للأطلاع على اساوب العمل والطرق المستخدمة لاكتساب المهارات , وأياً كان شكل تقديم هذه المساعدة , فان غايتها الاخذ بيد المتلقي لإستيعاب المعرفة الفنية وإستخدامها بما يلائم ظروف المنطقة الاقتصادية والاجتماعية , بتحقيق قدر من التنمية , يتناسب مع ما انفقه المتلقي , وعقد الترخيص , يوضح شروط تقديم المساعدة الفنية من حيث عدد المتدربين والمدة اللازمة ونفقات الاقامة والمؤهلات[1] .

وعنصر المساعدة الفنية يدخل في تكوين المعرفة وهومن مستلزماتها , ويتعين الوفاء به ولو خلا العقد من نص مالم يشترط المورد اسقاطه من بين التزاماته , ولا يغير من هذا ان المساعدة الفنية ترد في عقد مستقل في بعض الاحيان يسمى عقد المساعدة الفنية

contrat dassistance technique ولا يعتبر العقد الذي يتضمن شرطاً بتقديم المساعدة الفنية إن العقد مركب , لأنه هذه المساعدة تدخل كعنصر في محله , وان تنازل المتلقي عن هذا العنصر او التعاقد بشأنها في عقد مستقل او لاحق لعقد الترخيص لا يغير من طبيعة هذا العقد ويبقى مختلفاً عن العقود المركبة كعقد تسليم مفتاح *cle en main* وعقد تسليم انتاج *produit en main* .[2]

وهكذا فان المعرفة الفنية , اذاتم نقلها بحسن نية مع مراعاة الشروط التعاقدية , فإنها بلا شك تأتي ثمارها ولكن نرى من الناحية العملية , ان عقد الترخيص الذي يرد على براءة اختراع او معرفة فنية , ليس محله المباشر نقل المعرفة التكنولوجية , وانما تنازل الطرف المرخص مالك البراءة في مواجهة المرخص له , عن حقه الاستئثاري في استغلال الاختراع

د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص235 .

– *Magnin (F) : O.P. cit. P. 316* .

محل البراءة , وكما يقول الاستاذ كومبو *Combea* بعبارة موجزة بالغة الدلالة (بعقد الترخيص لا يشتري المرء المعرفة وانما يشتري الهدوء والسكينة)[1] . ذلك ان الاثر المباشر لعقد الترخيص , هو ازالة ذلك العائق المتمثل في الحق الاستئثاري لمالك البراءة , بحيث يستطيع المرخص له استغلال الاختراع دون اعتراض من المالك .

ثانياً : الالتزام بالضمان :

لا تقتصر احكام الضمان على عقد البيع , بل تنطبق على كافة انواع العقود التي تستوجبها لأنه واجب قانوني في سائر عقود المعاوضة , التي من شأنها نقل الملكية او اي حق عيني آخر , كعقد المقايضة وعقد الشركة والرهن والايجار والهبة , بالاضافة الى عقد البيع[2] .

واذا كانت احكام الضمان قد اوردتها مختلف التشريعات في باب عقد البيع , ليس لأنها لا تنطبق على غيرها من العقود , بل لأن واضعي هذه التشريعات تأثروا بالفكرة التاريخية في وضع هذه الاحكام في باب عقد البيع , والحقيقة ان احكام الضمان في عقد البيع , تعتبر القواعد العامة التي يتعين الرجوع اليها كلما اقتضى الامر تطبيقها على العقود التي تستوجب طبيعتها ذلك[3] .

ولغرض بيان انواع الضمان الذي يلتزم به المرخص (المورد) في عقد الترخيص سنقسم هذا الالتزام الى ثلاث نقاط , الاولى سنخصصها لضمان التعرض والاستحقاق والثانية لضمان العيوب الخفية , والثالثة , الالتزام بتحقيق النتيجة .

1 - ضمان التعرض والاستحقاق .

لا يكفي ان يقوم البائع بما يلزم لنقل ملكية المبيع الى المشتري او تسليم العين الى المستأجر او نقل المورد المعرفة الفنية الى المتلقي , بل يتعين ان يطمئن المشتري وكذلك

– *Combea (J.D) : Interventions-debat-sur le Know-How , cahiers du droit de Ienterprise 1972 . n.1 , Enquetes , P.29 .*

د. أنور سلطان ـ العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة ، مطبعة جامعة القاهرة ، مصر *1980* ، ص*207* .

د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص*238* .

المستأجر والمتلقي ومن في حكمهم الى حيازة المبيع والعين المستأجرة والمعرفة المنقولة , حيازة هادئة ومستقرة . فلا يجوز ان يتعرض البائع الى المشتري ولا المؤجر الى المستأجر ولا المورد الى المتلقي , لأنه مكلف بضمان تعرضة الشخصي المادي والقانوني وضمان تعرض الغير القانوني (ولا يضمن البائع ومن في حكمه التعرض المادي الذي يصدر من الغير , لأن السلطة العامة هي التي تضمن ذلك)[1] .

ونصت المواد 371 و 378 / 1 مدني جزائري والمواد 549 و 550 مدني عراقي والمادة 1625 مدني فرنسي , على ضمان سلامة المبيع من اي حق للغير يعترض المشتري ويجعل حيازته غير هادئة . والبائع ومن في حكمه من المتعاقدين يتعين عليه التصدي لوقف التعرض وان لم يفعل او فشل فيلزم بتعويض المشتري ، ويشمل هذا التعويض التضمينات ومصاريف الدعوى والغرامة التهديدية لمنع البائع من التمادي في التعرض المادي وحرمانه من القيام ببعض التصرفات القانونية في مواجهة المشتري .

وضمان التعرض , واجب على البائع يحمله عبء الدفاع عن المشتري , ضد التعرض القانوني الصادر من الغير , فاذا تمكن من دفع هذا التعرض انتهت مسؤوليته ، وان لم يفلح في ذلك واستحق المبيع للمعترض بكامله او في جزء منه او فقد حقاً من حقوقه على المبيع , فان هذا البائع يصبح مسؤولاً ويتحمل التضمينات , كرد الثمن ومصاريف الدعوى والضرر اللاحق بالمشتري[2] .

والالتزام بضمان التعرض والاستحقاق في عقود التجارة الدولية لنقل التكنولوجيا , يشكل هذا الالتزام على المورد عبئاً للوفاء بنقل المعرفة , ولا يخرج هذا العقد عن فئة العقود التي تنطبق عليها احكام هذا الضمان ، كما وردت في عقد البيع . وبما ان عقد الترخيص من عقود المعاوضة , فيكون من آثاره التزام المرخص لضمان التعرض والاستحقاق[3] , بحيث يضمن ان البراءة التي تم التعاقد بشأنها (استغلال براءة اختراع) , خالية من اي نزاع , وبالتالي يضمن للمرخص له استغلالها بصورة هادئة ونافعة , ولايجوز

د. سليمان مرقس ـ شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، المجلد الاول ، عقد البيع ، الطبعة الرابعة ، القاهرة 1984 ، ص242 .

د. انور سلطان ـ المصدر السابق ، ص211 .

د. محسن شفيق ـ المصدر السابق ، ص92 .

للمرخص له استغلالها , اذا لم يضمن المرخص ملكيتها وعدم استحقاق الغير لها , لأن استغلال المرخص له على هذا النحو يشكل مسؤولية مدنية وجنائية , بأعتبار انه يستعمل حقاً مملوكاً للغير دون رضاه , وقد يعتبر مقلداً او مزوراً او سارقا[1] .

ان المعرفة الفنية المبرأة وغير المبرأة , لا بد من ضمان الحيازة الهادئة والنافعة عند التنازل عنها او نقلها ، وفي ذلك يتعين ان تكون مملوكة للمتنازل عنها او له حق التصرف قانوناً ومن واجب المتنازل او المورد , ان يضمن للمتنازل اليه او المتلقي , تعرض الغير واستحقاقه بالوقوف الى جانبه للدفاع عنه اثناء الاستغلال , واذا فشل في رد هذا التعرض وحكم بالاستحقاق فلا مناص من فسخ العقد وتحمل المورد تبعة ذلك , كالتعويض عن الضرر وكافة التضمينات بالاضافة الى رد المقابل[2] .

2- ضمان العيوب الخفية :

العيب في محل العقد خال في هذا المحل , يجعله غير نافع او اقل نفعاً للمشتري , بحيث لو عرف به , لما اقدم على التعاقد او لكان دفع به مقابلاً اقل . وقد تضمنت مختلف التشريعات في القوانين نصوصاً لأحكام ضمان العيوب الخفية , الذي عرفته محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 18 ابريل 1984 بأنه هو (الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع)[3] .

ومهما اختلفت التعريفات , فأنه يبقى للقضاء سلطة تقديرية لبيان ما هية العيب , طالما بقي الأمر دون تعريف من المشرع الذي لم يتصدى لغير النص على ضمان خلو

المادة 418 من قانون العقوبات الفرنسي تعاقب على افشاء سر الصنعة ، وامكانية تطبيق العقوبة على المستفيد من السر بصفته غاصبا او معتديا على المعرفة الفنية المملوكة للغير ، وايضا امكانية تطبيقها على المستفيد الذي استغل بسوء نية سرا من اسرار المعرفة الفنية .

في حكم محكمة تولوز بتاريخ 17 / 6 / 1976 الذي صدر على النحو التالي (لا يمنح بطلان العقد شرط عدم الضمان وهذا الشرط غير قادر ان يعفي المتنازل من اعادة الثمن) والمحكمة عندما قررت ذلك استندت الى نص المادة 1629 من القانون المدني الفرنسي ، بحيث اعتمدت حكم هذا النص للالتفات عن شرط عدم الضمان الوارد في العقد وانتهى حكمها برد الثمن دون التعويضات سندا لسلطتها التقديرية في احتساب التعويض .

انظر نقض مدني مصري بتاريخ 18 ابريل 1948 ، مجموعة القواعد القانونية ، جزء (5) رقم 296 ، ص587 .

ـ مشار اليه د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ص247 .

المبيع من العيوب الخفية والشروط الموجبة لهذا الضمان من حيث زيادته او إنقاصه او اسقاطه وجزاء إخلال البائع به .

والحكمة في تقرير ضمان البائع للعيوب الخفية في المبيع هي تمكين المشتري من حيازة هذا المبيع حيازة هادئة ونافعة , لأن المشتري يأخذ في اعتباره الفائدة التي سيجنيها , ولا تتحقق إلا أذا كان الحال التي توقعها في المبيع ثابتة فيه , من حيث صلاحيته للغرض الذي يخصص له[1] . وعلى ذلك فان التزام البائع لا يقف عند ضمان الحيازة الهادئة , بل يمتد الى تحقيق الحيازة النافعة على انه اذا وجد في المبيع عيب ينقص من نفعه وجب على البائع ازالة هذا العيب او ان يبدل بالمبيع غيره , وبعكس ذلك يعتبر مخلاً بألتزامه بضمان الحيازة النافعة , مما يحمله عبء هذا الاخلال , واوردت نصوص التشريعات في القانون المقارن , أحكاماً , تلزم البائع بضمان خلو المبيع من العيوب الخفية , مثل القانون المدني الجزائري في المواد *379-386* والقانون المدني العراقي في المواد *558-570* والقانون المدني الفرنسي في المواد *1641-1649* .

والالتزام بضمان العيوب الخفية في عقود التجارة الدولية لنقل التكنولوجيا , يعتبر التزام المورد بتسليم المعرفة الفنية كمحل في عقد الترخيص , بكامل عناصرها , خالية من اي عيوب تجعلها غير صالحة للغرض المخصص له , وبعكس ذلك لا تؤدي المعرفة الفنية الى تحقيق النتيجة التي قصدها الطرفان في العقد , مما يجعل المورد في وضع المخل بألتزامه , بأنه قام بتسليم شيء غير مطابق لما تم الاتفاق عليه , ذلك لأن تحقيق النتيجة , يرتبط ايجاباً وسلباً بصلاحية المعرفة الفنية لتحقيق هذه النتيجة ولأجل ذلك فان هذا الضمان لا يكون احتمالياً[2] .

المورد عادة يتخذ من الاحتياطات ما يتضمن تحقيق النتيجة , ابتداءاً من تسليم المعرفة الفنية ومطابقة لما تم الاتفاق عليه وغير محملة بأعباء للغير وانتهاء ، بمباشرة استغلالها في مصانع المتلقي , ولا يتخذ مثل هذه الاحتياطات إلا لانه يعلم ان احكام الضمان التي وضعت لحماية المتلقي تحمله مسؤولية عدم تحقيق النتيجة اذا كان سبب ذلك راجعاً الى

د. جميل الشرقاوي ـ شرح العقود المدنية ، البيع والمقايضة ، مطبعة دار المعارف ، مصر ، *1970* ، ص*211* .

– Magnin (F) : O . P . cit . P.316 .

عيب في المعرفة التي تم نقلها . واذا كان هناك ثمة مشكلة بين المتعاقدين , فيما يتعلق بضمان العيوب الخفية فإنها تظهر عندما يخلو العقد من نصوص تنظم احكام هذا الضمان , ويقول البروفسور *Burst* ان المورد يلتزم بضمان النتائج في حالة عدم وجود شرط في العقد وهذا الالتزام يتم في حالات ثلاث .

أ - عندما تكون الطريقة الفنية التي استغلها المرخص له قد اظهرت عيباً في التصنيع .

ب - عندما يكشف المرخص له عيباً في تصميم الطريقة الفنية .

ج - اذا لم تكن الطريقة الفنية ملائمة لظروف المنطقة التي استغلت فيها[1] .

3 - ضمان تحقيق النتيجة :

الضمان نوعان , الأول بتحقيق النتيجة , والثاني بذل العناية , وهذا التقسيم تعرف علية الفقه بأنه تقسيم ثنائي الالتزام .

والفرق بين هذين الالتزامين , انه في الاول يكون من واجب الملتزم تحقيق نتيجة محددة , كنقل ملكية شيء معين او توصيل بضاعة الى مكان محدد او اقامة منشأة بوصف معين ويعد الالتزام في هذه الاحوال ومثلها التزاماً بتحقيق نتيجة *obligation de resultat*. ويكون الالتزام ببذل عناية , هو بذل الجهد في سبيل تحقيق غاية معينة *obligation de moyen*, ولهذه التفرقة بين الالتزامين اهمية من حيث الوقوف على ابعاد عدم التنفيذ , ذلك لأنه اذا كان ماتعهد به المدين هو التزام بتحقيق نتيجة , فأن عدم الوصول الى تحقيق هذه النتيجة , يكفي لتقرير عدم تنفيذ الالتزام .

اما اذا هو بذل العناية فأن عدم التنفيذ , يتم تقريره , اذا لم يبذل المدين جهداً معيناً للوصول الى تحقيق النتيجة , وان تقدير الجهد الواجب بذله يتم الاتفاق عليه بين المتعاقدين او بنص القانون , ويمكن التعرف عليه وفقاً لطبيعة العلاقة التعاقدية , ويكفي لبذل الجهد المتفق عليه او الموصوف قانوناً , للقول بان المدين اوفى بالتزامه دون النظر الى تحقيق النتيجة من عدمه[2] .

– *Burst (J.J) : garanties de resultat et comonication du Know-How independamment de L'equipement , 1977 , P.88 .*

د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص*256* .

وضمان تحقيق النتيجة ذو اهمية بالغة في عقود التجارة الدولية لنقل التكنولوجيا , فان المتعاقدين يحرصون على توضيح شروط هذا الضمان من حيث الوفاء به ونوعية النتائج وكمية الانتاج ونوعية المواد الاولية والالات المستعملة وظروف العمل . واثبتت الممارسة العملية ان المتعاقدين ارسو كثيراً من الاعراف والشروط الواجب النص عليها في العقد الدولي لنقل التكنولوجيا . وقد كسب المورد , عندما تمكن من تقليل اهمية التزامه , بضمان النتيجة واضعاف قيمته عن طريق الشروط التي يفرضها على المتلقي , اذا اصر الاخير على طلب الالتزام بتحقيق النتيجة[1] .

والخلاصة مما سبق , فان المورد يتعين ان يتحمل مسؤولية عدم تحقيق النتيجة , اذا كان سببه التعرض او الاستحقاق او العيوب الخفية , وبعد ذلك , تقف مسؤوليته عند حدود التزامه وفقاً للقواعد العامة ومراعاة شروط العقد .

الفرع الثاني
التزامات المرخص له

المرخص له , كطرف في العقد , يكون شخصاً طبيعياً او اعتبارياً من اشخاص القانون العام , كالدولة او احدى مؤسساتها او اشخاص القانون الخاص . وهو من ينقل اليه المرخص المعرفة الفنية . وقد صوره البعض بالطرف الضعيف , لأنه بقي فريسة لإستغلال المورد طيلة العقود الثلاث الماضية , ونستعرض في هذا المطلب الالتزامات التي يختص بها المتلقي , وهي الالتزام بأداء مقابل التكنولوجيا والالتزام بالمحافظة على سريتها , وذلك في نقطتين .

---

[1] انظر في ذلك المقال المقدم الى جامعة مونبليه عام 1977 .
- *Gilbert (L) : Les problemes technique et commerciaux poses par la communication de Know-How . Montpellier . 1977 , P. 80 .*

ـ ويقول في ذلك (ويتضمن العقد عادة شرط يفرضه المورد بقصد اضعاف اهمية التزامه لضمان تحقيق النتيجة على النحو التالي . . . اضمن لك الحصول على ذات النتائج اذا عملت بالطريقة التي نقلتها لك دون تعديل عليها ، واذا كان استغلالك للمعرفة ضمن الشروط المتفق عليها ، واذا استخدمت نفس المعدات التي استخدمها في مصنعي) .

أولاً : الالتزام بدفع المقابل :

يسعى المورد , عادة للحصول على مقابل المعرفة الفنية التي نقلها الى المتلقي , ليسترد ما انفقه في ابتكارها , او في سبيل الحصول عليها والربح الذي يسعى لتحقيقه , ويشكل المقابل عنصراً في العقد يجعله يقوم بوظيفته الاقتصادية , وهذا المقابل تختلف اشكاله , تارة يكون نقداً وأخرى يكون عيناً وثالثة يكون مقايضة .

1 . المقابل النقدي :

المقابل النقدي يمثل الصورة الاكثر شيوعاً كما اثبتتها الممارسة العملية , ويفضلها المتعاقدون لما فيها من تقليل لاحتمالات النزاع . وهذه الصورة عبارة عن مبلغ من النقود يقوم المتلقي بدفعه , كمقابل للمعرفة الفنية التي نقلها اليه المورد من خلال احدى ثلاث طرق[1] .

الطريقة الاولى : المقابل النقدي مبلغ اجمالي . وهومبلغ من النقود , يتم تحديده بصورة جزافية , ويشمل المعرفة الفنية والرسومات والنماذج والتدريب والمواد الاولية وكذلك التركيبات والتشغيل[2] .وقد يكون هذا المبلغ , مقابل المعرفة الفنية فقط . وينص غالباً على مقداره وطريقة الوفاء به والمدة التي يتعين على المتلقي ان يدفعه اثنائها , وقد يكون دفعة واحدة , او على شكل عدة دفعات , تم الأتفاق عليها .

الطريقة الثانية : المقابل , مبلغ دوري (أتاوة) يلجأ المتعاقدان الى هذه الطريقة لما فيها من مزايا ينشدانها , فمن جهة قد لا يطمئن المتلقي الى ان التكنولوجيا التي يتعاقد بشأنها تؤدي الى النتائج التي يتوقعها مما يدفعه الى قبول فكرة المقابل الدوري . ومن جهة ثانية يوافق المورد على هذه الطريقة اذا كان على ثقة بان التكنولوجيا التي ينقلها مضمونة النتائج . ويتم الاتفاق على مقدار المقابل الدوري ويحدد مدة لإستمرار الوفاء به تطول او تقصر حسب شروط العقد . وبموجب هذه الطريقة , يتم الاتفاق على مقدار الدفعات التي سيؤديها المتلقي وتكون في الغالب , نسبة من عائد تشغيل التكنولوجيا , محسوبة على

– *Magnin (F) :OP . cit . P. 319 .*

د. محسن شفيق ـ المصدر السابق ، ص*81* .

اساس حجم المبيعات , ويستمر المتلقي باداء هذه الدفعات طيلة مدة العقد , وقد يتفق على اطالة مدة الدفعات عن مدة العقد او انقاصها وهي في معظم الاحيان تعتبر نسبة , يتم الاتفاق على تحديدها .

وهكذا فان هذه الطريقة تنظم استمرارية نجاح المعرفة الفنية وتحقيق نتائجها , ويحرص المورد على ضمان حقه إزاء ذلك بصورة مزدوجة , فهو من جهة يلجأ الى اشتراط الحد الادنى للدفعة الواحدة , ومن جهة ثانية يشترط السماح له بمراقبة عملية الانتاج في مؤسسة المتلقي للوقوف على سبب الانخفاض او الارتفاع في هذا الانتاج . والمتلقي من جهته يرحب باستمرار تواجد المورد الى جانبه , لأن اشرافه على العملية الانتاجية , امر مفيد لضمان استمرار التشغيل والانتاج بصورة افضل[1] .

الطريقة الثالثة : المقابل مزيج , من المبلغ الاجمالي والمبلغ الدوري . يتم الاتفاق عليها , بحيث يدفع المتلقي مبلغاً جزافياً عند ابرام العقد ويلتزم بدفعات اخرى دورية , ويتم دفع المبلغ الجزافي في معظم الحالات , اثناء فترة المفاوضات وتكون مقابل كشف المورد عن المعلومات السرية التي تمكن المتلقي من تقييم التكنولوجيا , ويحتسب هذا المبلغ كدفعة اولى عند ابرام العقد , على انه اذا فشلت المفاوضات , فأن المدفوع يكون الضمان الذي يطلبه المورد , مقابل كشفه عن المعلومات السرية[2] .

2 . المقابل العيني :

هذه الصورة . شائعة في العقود التي تبرمها الشركات متعددة الجنسية مع فروعها في الدول الاخرى , ويكون المقابل العيني حصة في الانتاج او مما يتوفر في دولة المتلقي من مواد اولية لازمة لمشاريع الشركة الام . ويلجأ المورد الى هذه الطريقة عندما يرغب في الحصول على ميزة احتكارية ينافس بها غيره سواء كان من الشركات الوطنية او الاجنبية , لأنه يجد في مصادر التمويل ميزة ينفرد بها ولا تتحقق هذه الميزة إلا اذا سمحت الدولة المضيفة بدخول الاستثمارات الاجنبية اليها[3] .

– *Magnin (F) : OP . cit . P. 310 .*

د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص272 .

د. محسن شفيق ـ المصدر السابق ، ص84 .

والشركات متعددة الجنسية , ترى ان من وسائل تحقيق اهدافها الثابتة ضمن استراتيجيتها الحصول على بعض المزايا الاحتكارية بالقدر الذي يسهم في تحقيق الربح المستهدف . ورأى البعض ان هذه الشركات بسعيها للحصول على ميزة احتكارية انما تسعى للمحافظة على بقائها قوية متطورة[1] .

3 . المقابل مقايضة التكنولوجيا بأخرى :

ان غالبية الشركات والمؤسسات التي تحوز من الاختراعات والاكتشافات حجماً هائلاً لديها هي مؤسسات متخصصة ومنها الشركات المتعددة الجنسيات , ومع ذلك فأنها تحتاج في كثير من الاحيان الى تكنولوجيا تتوفر عند غيرها , وهذه الاخيرة تكون بحاجة الى تكنولوجيا متوافرة عند الاولى , فتتم عملية مقايضة التكنولوجيا بأخرى بين الشركات والمؤسسات الغير قادرة على التوصل الى ماتحتاج اليه , بل لأنها ترى انه من غير المربح البدء في البحث وأجراء التجارب للوصول الى ذلك في وقت يتوفر لدى مؤسسة اخرى ويمكن الحصول عليه . وترى هذه الشركات توفيراً للوقت والجهد والمال , ان تقايض تكنولوجيا من غيرها بأخرى , كذلك هذه الطريقة تعود بفائدة عملية كبيرة تكمن في التعاون الفني بين المؤسسات التي تتقايض التكنولوجيا[2] .

هذه الطريقة منتشرة بين الدول المتقدمة بعضها مع بعض وبين المؤسسات العملاقة كذلك , لما تتمتع به هذه الدول وتلك المؤسسات من دراية علمية وفنية وكفاءة تطبيقية عالية . وعلى سبيل المثال فإن اليابان والاتحاد السوفياتي سابقاً , تستورد اعلى نسبة من التكنولوجيا العالمية وتقايض ما تستورده بتكنولوجيا من عندها[3] .

د. محسن شفيق ـ المشروعات ذو القوميات المتعددة ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1978 ، ص106 .

ـ د. محمد عبده سعيد اسماعيل ـ الشركات المتعددة الجنسية ومستقبلها في الدول النامية مع الاشارة الى مصر ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس , مصر ، 1986 ، ص45 .

د. محسن شفيق ـ نقل التكنولوجية من الناحية القانونية ، المصدر السابق ، ص85 .

د. محسن شفيق ـ المصدر نفسه ، ص85 .

ثانياً : الالتزام بالمحافظة على السرية :

ان التشريعات الوطنية في القوانين المقارنة لم تتصدى الى حماية المعرفة الفنية , كما فعلت بالنسبة لبراءة الاختراع , ذلك لأن المعرفة الفنية غير المبرأة تحميها طبيعتها السرية التي ارادها مالكها , وهي تتميز هذه الخاصية عن المعارف المبرأة التي اعلن عنها مكتشفوها طالبين حمايتها عندما بادروا الى تسجيلها[1] .

والمعرفة الفنية , جهد كبير ونفقات باهضة استلزمتها سبل الوصول الى اكتشافها , وحائز هذه المعرفة يحتفظ بها سراً ليقوم باستغلالها مباشرة او بصورة غير مباشرة , كأن يطبقها في مصنع عائد له او يرخص للغير باستغلالها . وهذه السرية هي القيمة الفعلية للمعرفة الفنية ورأس المال الذي تقوم به وتنقص هذه القيمة او تتلاشى اذا علم الجمهور بها . ذلك لأن ذيوعها وأستغلالها على نطاق واسع يعرض صاحب الحق فيها الى منافسة كبيرة يخسر نتيجتها الكثير من العملاء والاسواق , وان قيمة المعرفة الفنية تكمن في جدتها وسريتها[2] . وهي جديدة طالما احتفظت بهذه السرية وبقيت غير معروفة , إلا في دائرة ضيقة من الاشخاص بما يكفي لأستغلالها في التصنيع . لذلك ان اصحاب الحق فيها يتوجس خيفة قبل اعطاء اي معلومات عنها اثناء المفاوضات بشأنها , كما يحرص على ضمان سريتها اذا ما تعاقد مع الغير على نقلها له سواء في ذلك المتلقي او المتعاقد من الباطن او العاملين في مؤسسات طرفي العقد .

ولعل حالات التجسس الصناعي تعتبر من اخطر الحالات التي تواجه مالك التكنولوجية , بما تسببه من القلق الذي ينتابه من خطر سرقتها او الحصول على جزء من المعلومات السرية التي تشترك في تكوينها . وتدفعه هذه المخاوف الى اتخاذ كل الوسائل الاحتياطية لضمان المحافظة عليها[3] , ويعد التزام المحافظة على سرية المعرفة الفنية , التزاماً رئيسياً في عقد الترخيص وعقود نقل التكنولوجيا عموماً . حيث يشترك الطرفان في ضمانه , رغم انه يعتبر التزام يختص به المتلقي للتكنولوجيا اساساً ، ويعني التزام بالمحافظة

د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص276 .

– *Magnin (F) : O P . cit . P. 318 .*

د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص277 .

على السرية , عدم افشاء سرية كافة عناصر المعرفة الفنية , ذلك لأن في كل عنصر من هذه العناصر ميزة خاصة , وسرية ذاتية تشترك مع مجموعة العناصر الاخرى في القيمة الكلية للمعرفة الفنية بصرف النظر عن اهمية احد هذه العناصر بالنسبة الى غيره[1] .

ويلتزم المتلقي بهذا الضمان بعد ابرام العقد وتحدد مسؤوليته تعاقدياً , كما ويلتزم بذلك اثناء المفاوضات , ويسأل تعاقديا او تقصيريا عن اخلاله بهذا الالتزام . على ان المتلقي اذا علم ببعض المعلومات السرية اثناء البحث عن التكنولوجيا الملائمة , سواء عن طريق المكاتب الاستشارية او اشخاص آخرين , فذلك لا يشكل التزاماً عليه بالمحافظة على سرية ما علم به , لأنه في مثل هذه الحالة لا يكون الوحيد الذي وصلت الية تلك السرية وبالتالي لا تكون للمعرفة الفنية قيمة لانتشار سريتها[2] .

وإزاء ذلك لا يبوح المورد بأية معلومات قبل الحصول على ضمانات تؤكد له عزم المتلقي على ابرام العقد او ضمانات اخرى , مثل التعهد المسبق والضمان المالي , بالاضافة الى ثقته في المتلقي . وقد اثبتت الممارسة العملية , ان مرحلة المفاوضات , هي المرحلة الصعبة التي تعترض المتفاوضين اثناءها عقبات من غير السهل التغلب عليها, واهمها تعارض وجهتي نظرهما , فأحدهما يصر على معرفة اسرار المعرفة الفنية , لبيان موقفه وتقدير قيمتها , والثاني يخشى فشل المفاوضات وذيوع هذه السرية . ومع ذلك فإن حسن نية الاطراف تجعلهما يتعاونان من اجل تخطي هذه العقبات بوسائل متعددة منها التعهد الكتابي بعدم البوح بهذه السرية او استغلالها قبل ابرام العقد , او تقديم ضمان مالي يحتسب من المبلغ الاجمالي لهذه المعرفة , وقد يلجأ المورد الى عدم اعفاء المتلقي من هذه السرية ألا الجزء اليسير بحيث لا يشكل ذلك خطورة عليها . وبالرغم من هذه الوسائل اصبحت شائعة وتمارس في هذه العقود , إلا انها ليست الحل الامثل في كل الاحوال , لأنها من جهة تلحق ضرراً بالمتلقي في حالة فشل المفاوضات وتجعله قلقاً اذاما رغب الحصول على تكنولوجيا مماثلة لاستغلالها في مشروع مماثل , ومن جهة اخرى يصعب فض النزاع بشان الضمان المالي من سلطة تقديرية تمكنها من انقاص هذا الضمان . بالاضافة الى صعوبة

– *Deleuze (J.M) : OP . cit . P. 13 .*

د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص279 .

الوقوف على مقدار الضرر الحقيقي الذي ينتج عن افشاء سرية المعلومات وما ينبغي دفعه كتعويض[1] .
اما بشأن التزام المحافظة على السرية بعد ابرام العقد , فترعاه قواعد المسؤولية العقدية , ويمتنع على المتلقي اذاعة السرية بالاعلان الشفوي او الكتابي , كلها او جزء منها . ويرى بعض الفقه الفرنسي , ان في ذلك قيد على حرية التجارة . كما شككت بعض احكام القضاء الامريكي من فاعلية حماية المعرفة الفنية تعاقدياً[2] .

الفرع الثالث

الالتـ ـ ـ ـ ـزامات المشتركة

ينشيء عقد الترخيص التزامات مشتركة , يلتزم بتنفيذها كل من المرخص والمرخص له , بحيث يقوم كل منهما بالوفاء بذات الالتزام , لأنها متبادلة بين طرفي العقد وقد تأتي هذه الالتزامات خاصة بأحدهما فقط دونما الآخر , طبقاً لشروط العقد . كألتزام مواصلة الانتاج وحجمه ونوعيته والالتزام بتحمل الاعباء الضريبية والالتزامات الناشئة عن شروط العقد وتحمل التبعة . اذن نبحث هذه الالتزامات المشتركة التي ترد بكثرة في عقود الترخيص وعقود نقل التكنولوجيا عموماً بثلاث نقاط .

أولاً : الالتزام بتبادل التحسينات :

يلتزم اطراف العقد عادة , بأن ينقل كل منهما للآخر ما يتوصل اليه من التحسينات التي تحقق زيادة في التعاون للأرتقاء بما يعود عليهما بالفائدة . غير انه يطرأ على التكنولوجيا في احيان كثيرة احداثات لطرق جديدة او تحسينات لهذه الطرق او اكتشافات قد تشكل تكنولوجيا جديدة او تبقى في مرتبة التحسينات المتعاقد على تبادلها . وفي هذا الشأن لا بد من معرفة الحلول للمسائل والصعوبات التي تعترض تنفيذ العقد نتيجة تخاف

– *Deleuze (J.M) : OP . cit . P. 16 .*

انظر في حماية المعرفة الفنية تعاقديا والحلول العلمية المقترحة في فرنسا والولايات المتحدة الامريكية .
- Magnin (F) : OP . cit . P.176 .

احد طرفيه في الوفاء بالتزامه بتزويد الآخر بما توصل اليه من هذه الاحداثات او التحسينات او الطرق[1] .

والاصل في الاختراع يختلف عن التحسين , ولو كان كل منهما موضوع براءة , فالاختراع ينطوي على فكرة اصلية او ابتكارية قابلة للتنفيذ لصناعة منتجات مادية معينة او تطبيق طرق صناعية للحصول على منتج معين , ولكي توصف الفكرة بأنها اختراع يتميز عن التحسين , لا بد ان تمثل تقدماً في الفن الصناعي , بما يجاوز حالة سابقة لهذا الفن , وأنه من غير المتوقع ان يتوصل اليها الخبير العادي[2] .

كما وان التميز بين المعرفة الفنية وبين ما يعتبر من قبيل التحسينات , يمكن التعرف عليه من خلال معيار لا يختلف عن المعيار الذي يميز بين الاختراع كفكرة اصلية والتعديل الذي يطرأ عليه , وصاحب الحق في البراءة عندما يتنازل عنها او يعطي ترخيصاً باستغلالها يلتزم بتزويد المتنازل له بالتحسينات التي يحدثها على موضوع البراءة , حتى ولو خلا العقد من نص على ذلك , لأنه يتعين على المتنازل او المرخص , ان يمتنع عن منافسة المتنازل له في ذات المجال , او تحقيق منتج صناعي افضل , نتيجة ادخال التحسينات على الطريقة , لأنه يعرف المنتجين عن طلب المنتج من الطريقة الاصلية التي يستغلها المرخص له , وان اي اتفاق يعفي المتنازل او المرخص من تزويد المتنازل له او المرخص له بالتحسينات باطل , لمخالفته القواعد القانونية المتعلقة بالمنافسة الممنوعة , وان الرأي القائل بان بيع البراءة الاصلية او الترخيص الاتفاقي باستغلالها , يشمل نقل ملكية البراءة الاضافية مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك[3] .

وقد ذهب الفقه في معظمه الى التنازل عن البراءة الأصلية , يشمل الاضافات والتحسينات التي يتم التوصل اليها قبل التنازل وبعده حتى لا يتمكن صاحبها من منافسة المتنازل لهم بما يحدثه على الطرق الفنية من التحسينات الاضافية[4] .

د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص284 .

د. محمد حسين عباس ـ الملكية الصناعية وطريق انتقال الدول النامية الى عصر التكنولوجيا ، منشورات الويبو ، 1976 ، ص57-74 .

د. محمد حسين عباس ـ المصدر نفسه ، ص97 .

ونفس الرأي ، د. سميحة القليوبي ، المصدر السابق ص111-141 .

وخلاصة القول ان المرخص (المورد) يلتزم بتزويد المرخص له (المتلقي) بالتحسينات التي يحدثها على المعرفة الفنية , باعتبارها من الالتزامات الواجب تنفيذها , وهي كافة التعديلات التي تطرأ على المعرفة الفنية محل العقد , وان وجوب هذا الالتزام يجد سنده في الغاية الاساسية من التعاقد والتي تستهدف اللحاق بالتقدم والتطور التكنولوجي , على ان مدة الالتزام بذلك ينبغي ان تكون معقولة . وفي الوقت ذاته فأن هذه التحسينات , ينبغي تزويد المورد بها اذا كانت قد طرأت من قبل المرخص له والسند في ذلك يجد مصدره في مبدأ التعاون ، ويتعين ان يكون لهذه التحسينات مقابل يلتزم به متى يحصل عليها تجاه الطرف الآخر , وقد اثبتت الممارسة العملية , بأنه المرخص أحياناً يلجأ الى اشتراط حصوله على التحسينات التي يدخلها المرخص له على المعرفة الفنية , دون مقابل , ويشترط كذلك ان يكون له سلطة تقدير صحتها وملائمتها للمعرفة الفنية الاصيلة[1] .

اما بالنسبة للتشريع الجزائري , فقد نظم احكام هذه التعديلات او التحسينات في القسم الثالث من المرسوم 17-93 الصادر في 7 ديسمبر 1993 , المتعلق بحماية الاختراعات , وذلك بنص المادة 15 منه , التي تقضي , بأنه اذا توصل الى صاحب براءة الاختراع الى تحسين او تغيير او اضافة , مكمل لأختراعه الاصلي في خلال مدة الحماية القانونية وكان هذا التحسين و التغيير يرقى الى مستوى الفكرة الابتكارية , فيكون له اما ان يطلب الحصول على براءة اختراع اصلية , جديدة مستقلة , واما ان يقدم طلباً للحصول على براءة اختراع اضافية . ويشترط لمنح براءة الاختراع الاضافية جميع الشروط الموضوعية والشكلية اللازمة لمنح براءة اختراع مستقلة , ولو انها مكملة للاختراع موضوع البراءة الاصلية *le brevet principal* .

ثانياً : الالتزام بمواصلة الانتاج والتقيد بشروط القصر :

عندما يكون المقابل في عقد الترخيص , على شكل أتاوة , يسعى المرخص الى تحديد الحد الادنى او الاعلى للانتاج , لضمان مصلحته التي تكمن في استمرار عملية

---

[1] د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص290-291 .

الانتاج بالكمية المتفق عليها , وتتحقق له ذات المصلحة عندما يشترط المحافظة على مستوى معين من الانتاج , وخاصة عندما تكون علامته التجارية من بين عناصر العقد[1] , وتتحقق مصلحة اخرى للمورد عندما يشترط قصر استخدام المعرفة الفنية المنقولة في ميادين معينة دون غيرها , او توزيع منتجاتها في منطقة جغرافية لا تتعداها وان هذه الشروط على ميدان الاستخدام او حجم الانتاج او مستوى جودته تعتبر في بعض التشريعات قيوداً محظورة وفي بعضها الاخر مشروعة . ولغرض تسليط الضوء عليها , سنتناول الالتزام بمواصلة الانتاج من حيث استمرار العملية الانتاجية وضمان جودت المنتج وحجمه اولاً , ثم الالتزام بمراعاة شروط القصر ثانياً .

1 . الالتزام بمواصلة الانتاج :

ان استمرار استغلال المعرفة الفنية , يعد هدفاً يسعى من ورائه المتعاقدين الى تحقيق غاية كل منهما ، وهذه الغاية في العقود التجارية , هي تحقيق الربح المادي . ولما كان المرخص (المورد) ذا مصلحة في ان يواصل المرخص له (المتلقي) الانتاج ، فانه يشترط ذلك بنص في العقد , مما يشكل عبئاً على المرخص له في حالة ظهور تكنولوجيا احدث من التي بحوزته وانصراف الجمهور عما ينتجه الى غيره .

كذلك الحال عندما يشترط المرخص على المرخص له بمراعاة حجم الانتاج , من خلال تحديد حد ادنى ثابت الأثاوات . او التقيد بأنتاج حد اقصى كوسيلة للمحافظة على سعر السلع المنتجة او عدم منافسة هذه السلع لأسواق أخرى[2] .

وقد اعتبرت بعض التشريعات ان هذا الالتزام قيد على حرية المتلقي وحظرته على نحو لا يجوز الاتفاق عليه . ومن هذه التشريعات , القانون البرازيلي رقم 15 لسنة 1975 في المادة الثانية , والقانون المكسيكي الصادر عام 1972 في المادة السابعة . وكذلك مشروع قانون تنظيم نقل التكنولوجيا المصري في المادة السادسة , فقرة (هـ) منه , على انه (يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ويحظر تسجيله في الحالات الاتية . . . اذا كان

د. نداء كاظم محمد جواد المولى ـ المصدر السابق ، ص80 .

د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص294 .

العقد يفرض على المتلقي قيوداً تتعلق بحجم الانتاج او بسعر البيع سواء للسوق المحلي او الاجنبي) .

وشرط الالتزام بضمان مواصلة الانتاج اجازته تشريعات اخرى , مثل قوانين منع الاحتكار في الولايات المتحدة الامريكية واتفاقية دول السوق الاوروبية المشتركة (معاهدة روما عام *1957*) . ففي الولايات المتحدة الامريكية , ورغم ان قوانين محاربة الاحتكار مثل قانون شيرمان *cherman act* وقانون كلايتون *Clayton Act* وقانون لجنة التجارة الاتحادية *Federal trade commission* لم تعالج في نصوصها عملية نقل التكنولوجيا مباشرةً ، فان القضاء الامريكي مارس دوراً كبيراً في تقييم الشروط المتعلقة بحجم الانتاج , حسب طبيعة كل عقد وقد أجاز هذا القضاء , الشرط الذي يقيد المتلقي بحد ادنى من الانتاج لضمان حق المورد في الحصول على ربح معقول , كما اجاز التقيد بحد اعلى وان اجازة هذا القضاء لهذا الشرط يتفق حسب وجهة النظر التي تبناها مع القوانين الامريكية ضد الاحتكارات[1] .

ومن جهة اخرى حكمت بعض المحاكم الامريكية بعدم شرعية القيود المفروضة على الانتاج , اذا كانت المعرفة الفنية مبرأة وأجازتها في حالات محددة , اذا كانت المعرفة الفنية غير مبرأة[2] .

اما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من هذه الشروط , فقد نص الأمر *95-6* الصادر عام *1995* ، المتعلق بالمنافسة في المادة السابعة منه (يمنع كل تعسف ناتج عن هيمنة على سوق او احتكار له او على جزء منه يتجسد في . . . الالتزام بأعادة البيع بسعر

ادنى . . .) وتعتبر الشروط المتعلقة بتقييد حجم الانتاج ممنوعة وباطله بموجب المادة الثامنة من نفس الامر المذكور , حيث تنص (يبطل كل التزام او اتفاقية او شرط تعاقدي يتعلق بأحدى الممارسات بموجب المادتين *6* و *7* المذكورتين اعلاه) .

---

[1] انظر حكم المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية في قضية :
- *lendbeck V. Wyatt MF Gco . 324f . 2d, 807 (10th . cir. 1963).*
ـ مشار اليه د. محمود الالكيلاني ـ المصدر السابق ، ص*296* .

[2] انظر حكم المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية في قضية :
- *American Equipment Co. V. Tuthull-69 F-2d , 406 (7th cir 1934).*
ـ مشار اليه د. محمود الكيلاني ، المصدر السابق ، ص*296* .

ولكن في حالات معينة ولضرورة دفع عملية النمو والتطور الاقتصادي الى امام , اجاز المشرع الجزائري هذه الشروط بالأمر المذكور في المادة التاسعة منه , حيث تنص

(يرخص بالاتفاقيات والممارسات التي من شأنها ضمان التطور الاقتصادي او التقني) , وبالتالي يترتب على ذلك ابلاغ مجلس المنافسة المشكل وفق هذا الامر , بهذه الاتفاقيات والممارسات من طرف اصحابها وذلك حسب الفقرة الثانية من المادة التاسعة , حيث تنص (وفي هذه الحالة يجب إبلاغ مجلس المنافسة بهذه الاتفاقيات والمنافسات من طرف اصحابها) .

وقد يتضمن عقد الترخيص شروطاً تلزم المرخص له (المتلقي) بالامتثال لبعض معايير الجودة , بمعنى ان يكون المنتج على درجة معينة من الجودة , وفقاً لنص الاتفاق . والالتزام بهذا الضمان الى عدم الاضرار بسمعة المرخص (المورد) خاصة اذا سمح بأستغلال علامته التجارية , وبهذه الحالة يلتزم المرخص له بالمحافظة على جودة الانتاج , ويسأل عن الاضرار التي تلحق بالمرخص , نتيجة فقدان منتجاته قوة الجذب

Pouvoir dattraction [1] .

اما اذا كان التزام ضمان الجودة على عاتق المورد , وهو ما يرد في العقد على صورة تسليم انتاج فانه يرمي الى تفادي المسؤولية عن الانتاج , بحيث يتحمل المورد عبء الخسائر التي تحدثها المنتجات المتدنية الجودة بالاضافة الى الأضرار التي تلحق بالمتلقي نتيجة ذلك[2] .

وقد انتقد البعض , معظم وسائل مراقبة الانتاج التي تتطلبها معايير الجودة على اساس انها تتعارض مع امكانية الحصول على اي تكنولوجيا اخرى , وأنها تقف حجر عثرة في استيعاب التكنولوجيا المنقولة والسيطرة عليها , لذا تباين موقف التشريعات الوطنية في شروط وضوابط الجودة منها من اجازها , حيث حددت لجنة دول السوق الاوروبية المشتركة , الشروط التي ترد في عقود الترخيص وان من هذه الشروط ما لا يتعارض مع المادة *85 / 1* من الاتفاقية المبرمة بينهما في روما عام *1957* ومنها شروط معايير الجودة

د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص*297* .

– Magnin (F) : OP . cit. P. 316 .

التي تفرض على المرخص له , حيث قالت اللجنة (طالما كان لا غنى عنها للاستغلال التقني للبراءة , فأنها ليست من الشروط المحظورة) .

اما في الولايات المتحدة الامريكية , فكان لقضائه الدور البارز , عندما اعلن رأيه في الشرط الذي يلزم المتلقي بضمان نوعية الانتاج والتقيد بمعايير الجودة , وصار تكريس هذا الرأي في عدة احكام اصدرتها المحاكم الامريكية ، وتبنت فيها الدفاع عن مشروعية هذا الشرط , ومجمل هذا الاتجاه , يتلخص في ان لمانح الترخيص مصلحة حقيقية للحفاظ على ضوابط الجودة , ففي قضية شركة *salt* الدولية التي اقامتها ضد الحكومة الامريكية , قالت احدى المحاكم (ان من حق مالك الترخيص الذي يكون تعويضه مرهوناً بأستخدام التكنولوجيا , مصلحة حقيقية للحفاظ على ضوابط الجودة على كل مجهود يبذله لترويج المبيعات وزيادة عائداته منهـا)[1] .

اما المشرع الجزائري ، فقد عبر عن موقفه من هذا الشرط بالامر *95-6* الصادر عام *1995* المتعلق بالمنافسة ، وذلك بحظر ايراد مثل هذه الشروط في الاتفاقيات التي من شأنها ان تحد او تقيد من حرية المنافسة ، حيث تنص المادة السادسة منه (تمنع الممارسات والاعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة او الضمنية عندما تهدف او يمكن ان تهدف الى عرقلة او الحد او الاخلال بحرية المنافسة في سوق ما ، لا سيما عندما ترمي

الى . . . تقليص او مراقبة الانتاج او منافذ التسويق او الاستثمارات او التطور التقني ، واقتسام الاسواق او مصادر التموين . . .) وابطل المشرع الجزائري هذه الشروط اذا ما وردت في العقد ، وذلك بنص المادة الثامنة منه ، الا انه عاد واستثنى بطلان هذه الشروط واعتبرها صحيحة ، اذا ما دعت الحاجة وضرورات المصلحة الاقتصادية للبلد في ذلك ، حسب نص المادة التاسعة منه بشرط ابلاغ مجلس المنافسة بهذه الاتفاقيات والممارسات ، من طرف اصحابها بغرض ابداء موافقته من عدمه .

وخلاصة ما سبق فان الالتزام بضمان جودة الانتاج وفق المعايير والضوابط المتفق عليها ، لا تتعارض مع التشريعات الوطنية اذا كانت لا تستهدف تقسيم الاسواق بما يؤدي الى الاحتكار او الى استمرار تبعية المتلقي للمورد .

– *International salt Co. V. United States , 332 , u.s. 392 , 1947* .

ـ مشار اليه من قبل د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص*300* .

2 . الالتزام بشرط القصر :

قصر التعامل لا يخرج عن كونه عموما اداءاً ثانوياً مشتركا ، ينبغي لطرفي العقد الاتفاق على مضمونه والالتزام به من حيث التنفيذ ، لذا فان الاخلال بهذا الاداء يرتب المسؤولية العقدية ، غير ان غالبا ما يرد اداء قصر التعامل بصيغة شرط في العقد ومن الممكن ايضا ان يكون هذا الاداء محل العقد نفسه ، ويلاحظ ذلك في العقود التي تسمى في فرنسا بعقود التجهيز او التموين *contrats dapprovisionnement exclusifs*[1] . وبهذا الشكل فان اداء القصر ، يعد في الواقع التزاما سلبيا يحول دون قيام الملتزم به بالتعامل في اطار معين وينصب من حيث مفهومه على ما يأتي :

أ ـ عدم التعامل خارج منطقة جغرافية معينة وبهذا التصور فان اداء القصر يقيد الملتزم به تقييدا مكانيا ، اي ان الالتزام المذكور يحدد المنطقة التي يتم استغلال المعرفة الفنية ضمن حدودها حصرا او تسويق الانتاج فيها ويبدو ان الغرض من هذا التحديد يكمن عادة في منع منافسة الملتزم به ، سواء منه شخصيا او من خلال من يتعامل معهم ، و تجدر الاشارة ان المنظمة العالمية للمملكة الفكرية *WIPO* تطلق في الدليل المعد من قبلها والخاص بعقود نقل التكنولوجيا على المنطقة المحددة بهذه الصورة بالاقليم الاستئثاري *Territoire exclusif*[2] .

ب ـ عدم التعامل بالتقنية بغير الغرض المعدة له التكنولوجيا المنقولة اصلا ، وبمقتضى شرط قصر التعامل يتم تحديد مجال الانتفاع بالتكنولوجيا المنقولة لاسيما في الاصول التي تكون فيها تلك التكنولوجيا صالحة للاستخدام في عدد من الطرق الصناعية ، وبالتالي يتم تحديد عدد المتلقين لها في ذات المجال تلافيا للمنافسة[3] .

د. حسن علي الذنون ـ المصدر السابق ، *1988* ، ص*34* ، بند *44* .

د. محمود الرشيد قريش ـ ديناميكية نقل التكنولوجيا في الدول العربية ، دار الثقافة ، قطر ، الدوحة ، *1986* ، ص*22* .

د. نداء كاظم محمد جواد ـ المصدر السابق ، ص*169* .

ج ـ عدم التعامل الا مع شخص معين يحدده العقد بالذات ، ويكون هذا الشخص عموما مؤسسة صناعية تقوم بتجهيز مواد ومعرفة فنية وغيرها[1] .

هذا من جانب ومن جانب اخر ، فان اداء القصر لايأتي عموما على سبيل الحصر ، اوقد يكون مطلقا ، كأن يحدد شخصا او منطقة معينة بشكل عام ، كان تكون على سبيل المثال منطقة الشرق الاوسط ، وقد يكون اداء القصر مقيد بشكل نسبي كأن يحدد أماكن او اشخاص او اغراض دون سواها ، فقد يحدد مثلا اقليما جغرافيا معينا بالذات او منشأة محددة او يخصص من اجل تصنيع سلعة معينة باستعماله التقنية المنقولة .

وتجدر الاشارة الى ان اداء القصر لا يحرم عموما المورد والمتلقي من حق التصرف بالتكنولوجيا المنقولة ما لم يوجد نص على خلاف ذلك ، وانما يعد الغرض منه هو الحماية من المنافسة الغير مشروعة في حدود المنطقة المحددة او بالنظر الى انتاج معين ، يبدو ان اهمية هذا الاداء يقرر عادة لمصلحة المورد ، باعتباره الطرف المالك للتكنولوجيا ، لذا يضيف ذلك على العقد صيغة الاذعان ، لذا فان التشريعات تمنع هذا الاداء وتعتبره ممارسة تجارية غير مشروعة .

ولاهمية هذا الموضوع تقرر تشريعات الدول النامية ضرورة تجنب النص على هذا الاداء بانواعه ، لان هذه التشريعات اباحت الاداء النسبي في جميع الاحوال التي تقتضيها المصلحة الوطنية ، وبنفس الاتجاه سار المشروع الدولي لنقل التكنولوجيا[2] .

اما بالنسبة لمشروع نقل التكنولوجيا المصري ، فقد حدد نوعين من التزام قصر التعامل ، الاول يتعلق بالتعامل مع شخص معين ، اما الثاني فهو قصر التعامل في حدود منطقة جغرافية معينة (القصر المكاني) غير ان المشروع المصري يؤكد على ضرورة انسجام هذا الالتزام مع مقتضيات الاقتصاد القومي[3] .

د. حسن علي الذنون ـ المصدر السابق ، ص34 ، بند 44 .

د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص362 .

د. سعيد يحيى ـ تنظيم نقل المعرفة التقنية ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، مصر ، 1986 ، ص88-91 .

ويتقرر هذا الالتزام من خلال جهة مختصة تقوم بتسجيل العقد وتقويمه (اكاديمية البحث العلمي والتكنولوجي) فان وجدت هذه الجهة ان الالتزام المذكور غير منسجم مع معطيات الاقتصاد القومي فانها ترفض التسجيل ، والعكس صحيح[1] . اما دليل القواعد الاسترشادية لتراخيص نقل التكنولوجيا في العراق ، فانه يقرر ضرورة ملاحظة الاداءات التقييدية اثناء التفاوض لابرام عقود نقل التكنولوجيا وتحريمها ، اذ يعمد الموردون عادة الى تضمين فقرات او نصوص تحد من حرية المتلقي في التصرف بالتكنولوجيا المنقولة ، او تمنعه بنفس الوقت من تطويعها بما يتلائم وحاجاته من خلال قصر التعامل معه ، ولعل من اخطر ما يقوم به المورد هنا هو ترزيم عملية نقل التكنولوجيا[2] ، ابتداءا من دراسات الجدوى وتجهيز التقنية حتى تشغيل المصانع وادارتها . بحيث يرغم المتلقي على اسناد كامل العملية الانتاجية للمورد ، وبالتالي يقتصر تعامله مع هذا المورد ولا يلجأ الى غيره .

اما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد حرم جميع القيود التي ترد في عقود الترخيص او عقود نقل التكنولوجيا والتي تحد من حرية المشتري التصرف بالتكنولوجيا محل العقد ، وذلك بالمرسوم 93-17 المتعلق بحماية الاختراعات ، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 24 على ما يلي (لا يعتد بالبنود الواردة في العقود المتصلة بالرخصة اذا فرضت على مشتري الرخصة في المجال الصناعي او التجاري حدودا ناجمة عن الحقوق التي تخولها براءة الاختراع او التي لاتكون ضرورية لحماية هذه الحقوق) . ولكن اذا ما استدعى الامر قبول شرط القصر لضرورات تبررها المصلحة الاقتصادية للبلاد ، فيمكن لمجلس المنافسة المنشأ بالامر 95-6 ابداء موافقته للعملية التعاقدية واعطاء موافقته من عدمه ، بعد تقديم طلب من ذوي الشأن .

3 . الالتزام بتحمل المخاطر :

تسبب التكنولوجيا اضرارا سواء اثناء استغلالها او اثناء تركيب المصنع وتشغيله او

د. نداء كاظم محمد جواد ـ المصدر السابق ، ص172 .

الترزيم : يعني وضع عناصر التكنولوجيا في حزمة واحدة ، لا يمكن فصل عنصر عن اخر وعلى المتلقي اما ان يقبل الحزمة كلها او يرفضها كلها .

ـ د. محمود الرشيد قريش ـ المصدر السابق ، ص22 .

نتيجة استعمال السلع المنتجة ، وتجاوز هذه الاضرار في معظم الاحيان المورد والمتلقي والمستخدمين في مؤسستيهما .
وينشأ الضرر عن عيوب الانتاج اثناء استعمال السلع المنتجة مما يتعين معه البحث عن الضمانات التي تكفل للمستهلكين درء هذه الاضرار . وقد تزايد الاهتمام بحماية المستهلك من الاخطار الناتجة عن استخدامه للمنتجات التكنولوجية مما يحقق له الامان[1] .

وبالتالي يثار التساؤل ، فيما اذا كان مورد التكنولوجيا قد نفذ التزامه ام لا ، وهو يعتبر مسؤولا عن الاضرار التي سببها المنتج وهل تحدد مسؤوليته على اساس تعاقدي او تقصيري ، وهل تقف مسؤولية المورد عند حدود التنفيذ ، دون النظر بعين الاعتبار الى المخاطر الناتجة عن نقل المعرفة الفنية او السلع المنتجة þ .

هذه التساؤلات وغيرها ، تدفعنا للتدقيق في النتائج التي حصل عليها المتلقي ، وهو الذي يعتبر بمثابة الصانع بوجه المستهلكين ، وهو الذي يتحمل الملاحقات القضائية ويتحمل التضمينات المادية تعويضا للمتضررين .

ان المنطق الذي لا تخالفه المبادئ القانونية يحتم على مورد المعرفة الفنية ، ان يضمن نتائج التكنولوجيا التي توصل اليها على نحو يوفر الامان للمستهلكين عند استخدامهم للسلع المنتجة ، وان القول بان النتائج الضارة بالمستهلكين اساسها عيب في الطريقة الفنية المنقولة قول صحيح ، وتأسيسا على ذلك فان التزام الامان مقرر اصلاً لمصلحة المستهلك ، الذي يعود بما يلحقه من اضرار على البائع والصانع[2] .

ويلزم المورد بضمان الامان نتيجة التطور الهائل في استخدام المعارف الفنية ، والتي تؤدي بعض الاحيان الى فشلها في تحقيق النتائج المرجوة منها، او لتحقيق نتائج غيرمتوقعة، لذا تقوم مسؤولية المورد على اساس ضمان العيوب التي يعلمها واخفاها عن المتلقي .

وتضمنت بعض التشريعات الوطنية مثل البرازيل والمكسيك والارجنتين ، نصوصا تمنع الاتفاق على اعفاء المورد من المسؤولية الناشئة عن الاخطاء او العيوب المتصلة بالتكنولوجية ، ولذلك ينبغي ان يتضمن العقد احكاما ترمي الى الطرف الذي سيتحمل

د. محمد شكري سرور ـ التأمين ضد الاخطار التكنولوجية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1986 ، ص6 .
د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص306 .

المسؤولية عن اخطاء استغلال التكنولوجيا او استعمال منتجاتها ، وهذه الاحكام التي ينص عليها العقد سواء بتحديد المسؤولية او بتوزيعها على اطرافه ، ينبغي ان لا تؤدي الى الاختلال بالتوازن الاقتصادي للعقد .

اما موقف المشرع الجزائري[1] ،بخصوص الالتزام بتحمل المخاطر فهو واضح من خلال قانون 89 -2 المؤرخ في 7 فبراير 1989 المتعلق بحماية المستهلك ، الذي الزم كل منتج او وسيط او بائع ان يتأكد من مطابقة المنتوج للمواصفات المطلوبة للاستهلاك ، حيث تنص المادة 5 (يجب على كل منتج وبصفة عامة كل متدخل في عملية الوضع للاستهلاك ان يقوم بنفسه او عن طريق الغير بالتحريات اللازمة للتأكد من مطابقة المنتوج او الخدمة للقواعد الخاصة به والمميزة له) .

والزم المشرع الجزائري ، ناقل حيازة او ملكية المنتوج بالضمان ، اي اذا ظهر في المنتوج خلل لا يؤدي الى الغرض من شراءه ، فيمكن للمستهلك ان يطلب استبدال المنتوج او تصليح المنتوج على نفقته وفي الاجال المعقولة ، المعمول بها عادة او رد ثمن الشيء مع الاحتفاظ بحق المستهلك من التعويض عن الاضرار التي لحقته ، وهذا ما نصت عليه المادة 8 من القانون .

كذلك امكانية غلق المحل التجاري ، ونزع السجل التجاري ، حسب المادة 27 ، وامكانية اتلاف المنتوج الغير قابل للاستهلاك على نفقة صاحبه ، حسب المادة 26 / 2 ، ويتم ذلك بناءا على دعوى يتقدم بها المستهلك المضرور او الجهاز المختص برقابة الجودة وقمع الغش .

واساس هذه المسؤولية ، هو العقد المبرم بين الطرفين (المرخص والمرخص له) ، هذا من ناحية ، ومن ناحية اخرى نص المادة 2 من القانون ، والتي تقول (كل منتوج سواء كان شيئا ماديا او خدمة مهما كانت طبيعته ، يجب ان يتوافر على ضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنها ان تمس صحة المستهلك او امنه او تضر بمصالحه المادية) ، وقد شدد المشرع من هذه المسؤولية والزم اي من المتدخلين في مراحل عرض المنتوج

---

[1] قانون رقم 89 -2 الصادر بتاريخ 7 فبراير 1989 ، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك ، منشور في الجريدة الرسمية العدد 6 لسنة 1989 ، ص154 -157 .

للاستهلاك ، ابتداءا من الصانع حتى البائع ، بالالزام بضمان المخاطر ، حيث تنص المادة 6 / 4 (ويعتبر لاغيا كل شرط يقضي بعدم الضمان) ، وذهب اكثر من ذلك باعتبار هذا الشرط باطلا بطلانا مطلقا اذا ما ورد في العقد ، لانه حق مقرر للمستهلك وحده ، وذلك حسب المادة 7 / 2 من القانون .

وخلاصة لما سبق ، يتضح موقف المشرع الجزائري ، الذي يحتم على مورد المعرفة الفنية ان يضمن نتائج التكنولوجيا ، من خلال السلع والخدمات التي تنتج بواسطة هذه المعارف الفنية سواءا المبرأة او الغير مبرأة التي توصل اليها ، على نحو يوفر الامان للمستهلك عن استخدامه لهذه السلع المنتجة ، كذلك قيام مسؤولية المتلقي لعدم مراعاته لشروط المطابقة المنصوص عليها في المادة 3 من القانون ، وتقوم ايضا مسؤولية كل المتدخلين كلا حسب فعله وحدود ما قام به من تصرفات ادت الى الاضرار بالمستهلك .

المطلب الثاني
المسؤولية الناشئة عن الاخلال بالعقد

يفترض لقيام المسؤولية العقدية عموما ، ان هناك عقدا صحيحا واجب التنفيذ ولكن احد طرفي العقد او كلاهما لم يقم بتنفيذ التزاماته بما يقود بالضرورة الى تحقيق اركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية . فالمدين بالتزامات معينة وشروط مقيدة صحيحة بمقتضى العقد ، يعد مسؤولا لعدم تنفيذ التزاماته تلك عند اخلاله بها ، من هنا فان اهم شروط قيام هذه المسؤولية هي عدم تنفيذ المدين لالتزاماته وهذا هو الخطأ العقدي والضرر الذي يتحقق نتيجة لذلك ، مع توافر العلاقة السببية بينهما . وتجدر الاشارة الى ان احكام هذه المسؤولية قد تعدل بموجب اتفاق الطرفين ، وذلك بالتشديد او التخفيف او الاعفاء منها رغم تحقق الخطأ العقدي (م *484* مدني جزائري) . لذا نرى من الضروري بيان اركان المسؤولية العقدية في فرع اول ، واثر تقرير هذه المسؤولية في فرعٍ ثانٍ .

الفرع الاول
أركان المسؤولية العقدية

لتحقيق المسؤولية سواء كانت عقدية ام تقصيرية ، يجب توافر اركانها المتمثلة بالخطأ والضرر والعلاقة السببية (المادة *176* مدني جزائري)[1] . وحتى يمكن مسائلة المخل بالتزامه ، لابد من توافر شروط تقرير هذه المسؤولية وهي عدم تنفيذ المدين لالتزامه او التأخر في التنفيذ وهذا هو الخطأ ، واصابة الدائن بضرر نتيجة لذلك ، كذلك يجب توافر العلاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الذي اصاب الدائن . لذلك سنتناول الخطأ والضرر كركنين اساسيين في نشوء المسؤولية في عقد الترخيص وذلك في فقرتين .

انظر المادتين *1147* و *1148* من القانون المدني الفرنسي ، وكذلك المادة *168* من القانون المدني العراقي .

أولاً : الخطأ في عقد الترخيص :

يمكن القول بان الخطأ في عقد الترخيص هو عدم قيام احد الطرفين او كليهما بتنفيذ التزاماته المتقابلة او التأخر في تنفيذها ، ويستوي في ذلك ان يكون عدم قيام المدين بالتنفيذ ناشئا عن عمد او اهمال . اذ ان الخطأ العقدي يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالتزامه ناشئا عن سبب اجنبي لا يد له فيه ، بيد انه يجب ان يلاحظ في هذه الحالة ، انه اذا تحقق الخطأ ، فان العلاقة السببية تنعدم كركن اساس في قيام المسؤولية التعاقدية[1] .

وبهذه الصورة فان الخطأ كأساس لقيام المسؤولية المدنية يتم نتيجة مخالفة ما تم الاتفاق عليه ، ذلك لان المدين اذا كان التزامه عقديا ، تعين عليه ان يبذل الجهد المعقول لضمان الوفاء به ببذل العناية اللازمة في حالة الالتزام ببذل عناية *Obligation de moyen* وتحقيق النتيجة المطلوبة اذا كان الالتزام المذكور الزاما بتحقيق نتيجة معينة *Obligation de re'sultat* . عليه فان خطأ المرخص يتحقق مثلا عندما لا ينقل المعرفة الفنية المتفق عليها ، او لا يسلمها الى المرخص له . وينسحب هذا الحكم على حالة ما اذا اقام المرخص بالتسليم غير المطابق لما تم الاتفاق عليه ، حيث ان التزام المرخص بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة ، والواقع ان تحديد طبيعة الالتزام من حيث اعتباره التزاما بتحقيق نتيجة او بذل عناية ، يمكن معرفته بالرجوع الى المصدر الذي انشأ الالتزام ، وهو عقد الترخيص كما قد يكون القانون ، كذلك قد يتحقق خطأ المرخص له في حالة اخلاله بالتزام المحافظة على سرية المعرفة الفنية ، كذلك امتناعه عن دفع المقابل او تقديم ضمان كاف للوفاء او مراعاة الشروط المقيدة المتفق على تنفيذها او الالتزام بها . عليه فان معيار تحقيق الخطأ العقدي يتم اثباته عندما يكون الالتزام ببذل عناية هو (عدم بذل العناية اللازمة للرجل المعتاد) ، اما الخطأ في الوفاء بالالتزام اذا كان بتحقيق نتيجة ، فيتجسد كما لا حظنا بالتزام المرخص بالتسليم (تسليم الاختراع ، المعرفة الفنية) وينضوي تحت هذا المعيار التزام المتلقي بدفع المقابل في الوقت المتفق عليه . اما اذا كان الالتزام التزاما ببذل عناية كالتزام المورد بنقل القدرات التقنية للاستثمار الصريح للاختراع ، او اغفل اجراء دراسات

---

[1] د. عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط ،المصدر السابق ، ص253 .
ـ كذلك د. علي علي سليمان ـ دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري ، ط3 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1989 ، ص78 .

بالمنطقة التي سينقل اليها المعرفة الفنية او المواد الاولية التي سيتم استعمالها والالات الواجب تركيبها ، فانه بذلك يرتكب خطأ موجب للمسؤولية لعدم بذله العناية اللازمة لتحقيق التنفيذ السليم لالتزامه .

وقد حكمت محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية ، بمسؤولية شركة امريكية تعهدت باقامة محطة ارضية للاتصالات بالاقمار الصناعية في الكاميرون ، على اساس انها لم تقم باختيار احد الاجهزة التي وردتها لتتأكد من ملائمة التيار الكهربائي في الموقع لذلك الجهاز[1] .

وتتلخص وقائع هذه القضية في ان شركة كاميرونية للاتصالات اللاسلكية ابرمت عقدا مع شركة امريكية لاقامة محطة ارضية للاتصالات بالاقمار الصناعية ، وانه تم توريد المحطة وتركيبها ، وعند بداية التشغيل تبين انها لا تعمل بكفاءة ، وبذلت محاولات لاصلاحها دون جدوى ، مما دعى الشركة الكاميرونية الى رفض المحطة وارجاعها الى الشركة الامريكية ، رغم انها كانت قد وقعت على استلامها .

ردت الشركة الامريكية على طلبات الشركة الكاميرونية ، بانه اصبح تسليم المحطة سليما وليس بها اي عيوب تستدعي رفضها ، واوضحت بان العيب الذي ادى الى عدم تشغيل المحطة بكفاءة راجع الى التيار الكهربائي وتوصيلاته الموجودة في منطقة العمل ، وان تشغيل المحطة يحتاج الى جهاز تقوية للتيار العالي طاقته *10* كيلو واط ، وان هذا الجهاز يتم تصميمه في الولايات المتحدة الامريكية على نظام المحايد الارضي ، على خلاف ما هو عليه في منطقة العمل ، وان اختلاف النظامين كان سببا في عدم كفاءة المحطة لتحقيق النتيجة ، واجملت الشركة الامريكية اقوالها بالتالي (ان جهاز التقوية لم يكن مخالفا للمواصفات الفنية الواردة في العقد وانما كانت المواصفات الفنية في العقد مخالفة ومنافية لاحتياجات موقع المحطة وهذا خطأ لا ينسب لها) .

وقد وجدت محكمة التحكيم ان العقد ينص على ان الشركة الامريكية ملتزمة بتوريد وتركيب جهاز تقوية التيار العالي في الموقع واختيار هذا الجهاز لجعله يؤدي العمل المطلوب ، وتوصلت المحكمة نتيجة لذلك (انه لا يكفي توريد الجهاز بل ان التزام الشركة

---

[1] د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص*436* .

الاجنبية يشمل التشغيل والاختبار وادارة العمل بالكفاءة المنتظرة ، وهذا يشمل ملائمة الجهاز مع التيار الكهربائي الموجود بالمنطقة ويعتبر داخلا ضمن المواصفات المنصوص عليها في العقد ، بل انه حتى اذا لم تكن نصوص العقد شاملة للتيار الكهربائي فان طبيعة العمل تستوجب مراعاته دون نص خاص) .

وعلى ذلك فان معيار الخطأ في التزام المورد بنقل المعرفة الفنية ، يثبت بعدم نقل هذه المعرفة بعناصرها او نقلها على غير ما تم الاتفاق عليه ،وتقصير المورد يتمثل في نقل بعض عناصر المعرفة الفنية دون البعض الاخر او نقلها بعد الموعد المتفق عليه او الى غير المكان المحدد في العقد .

واخيرا فان عقد الترخيص لا بد ان يحقق للمرخص له كطرف في هذا العقد ، التمكن من استيعاب المعرفة الفنية المنقولة ، على نحو يحقق من وراء ذلك اقتضاء المنفعة التي قصدها والتي كانت هدف التعاقد وهو ما يمثل الالتزام بتحقيق نتيجة . وبخلاف ذلك فان المرخص وهو المورد عادة يكون مخطئا لعدم التنفيذ ولا سبيل امامه لدفع المسؤولية الا باثبات السبب الاجنبي .

ويتلخص نظام غرفة التجارة الدولية بخصوص تعديل العقود الدولية[1] ، في انه يقترح طريقة للتعديل عن حدوث كوارث غير متوقعة ، تؤدي الى تغيير كبير في العقد ، يقوم الطرف المتضرر بطلب المراجعة في اجل معقول ، وعلى الطرفين التشاور فيما بينهما بهدف مراجعة منصفة لتفادي وقوع اضرار بالغة لأحدهما واذا لم يتوصل الطرفان الى اتفاق خلال 90 يوما التالية ، فان الطرف المتضرر يمكنه عرض النزاع على اللجنة التابعة لغرفة التجارة الدولية لتنظيم العلاقات التعاقدية بهدف تعيين الغير (فريق من ثلاث محكمين) ، ينظرون ويقررون ما اذا كانت هناك ضرورة لمراجعة العقد ، ويكون ذلك القرار ملزما للطرفين ويعتبر جزءا من ذلك العقد .

د. سامية راشد ـ التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1984 ، ص75 .

ـ كذلك د. احمد ابو الوفا ـ التحكيم الاختياري والاجباري ، ط4 ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، 1983 ، ص15 .

ـ كذلك احمد عبد الفتاح الشلقاني ـ التحكيم في عقود التجارة الدولية ، مجلة ادارة قضايا الحكومة ، السنة العاشرة ، العدد 3 ، القاهرة ، 1966 ، ص5 .

ثانيا : ركن الضـ ـ ـ ـ رر :

تدور المسؤولية المدنية عقدية كانت ام تقصيرية مع الضرر وجوداً و عدماً وشدةً وضعفاً ، ولامسؤولية حيث لا ضرر ، وعبء اثبات الضرر يقع على عاتق الدائن لأنه هو الذي يدعيه ، ولا يكفي مجرد اخلال المدين بتنفيذ التزامه للقول بوقوع الضرر ، فقد لا يترتب على ذلك اي ضرر للدائن .

والضرر هو الاذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه ، او بمصلحة مشروعة سواء كانت هذه المصلحة مادية او ادبية . ويستوي ان يكون الضرر ماديا يصيب المتعاقد في ماله او جسمه او في عنصر من عناصر ذمته المالية ، او ادبي يصيبه في شعوره او عاطفته[1] .

والضرر المادي اما ان يكون مباشرا او غير مباشر ، والضرر المباشر اما ان يكون متوقعا او غير متوقع ، والضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية بعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه ، وهو يعتبر كذلك اذا لم يكن باستطاعة الدائن تجنبه ببذل جهد معقول . والاصل ان المدين لا يسأل عن الضرر غير المباشر لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية ، وفي المسؤولية العقدية لايسأل المدين إلا عن الضرر المباشر المتوقع ، الا اذا ارتكب غشا او خطأً جسيما ، فيسال عندئذٍ عن الضرر المباشر كله ، متوقعا كان او غير متوقع ، وتلحق مسؤوليته في هذه الحالة بالمسؤولية التقصيرية[2] ، واساس هذه المسؤولية في القانون المدني الجزائري هو نص المادة *124* ، حيث تقول (كل عمل ايا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير ، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض) . اما الضرر الادبي الذي يلحق الشخص في حقوقه المالية او في مصلحة غير مالية ، نلاحظ ان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على مبدأ التعويض عن الضرر الادبي ، غير ان صياغة نص

د. سليمان مرقس ـ الوافي في شرح القانون المدني ، الالتزامات ، نظرية العقود والارادة المنفردة ، النهضة المصرية ، القاهرة *1984*، ص*540* .

ـ وقرر ان الخطا هو الركن الاول الواجب اثباته بعد ان عدل عن رأيه السابق الذي يقول فيه بان الضرر هو الركن الاول الواجب اثباته قبل الخطأ .

نصت على ذلك الفقرة *169* من القانون المدني العراقي (فاذا لم يرتكب المدين غشا او خطأ جسيما فلا يجوز في التعويض ما يكن متوقعا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل او كسب يفوت) .

المادة 124 مدني جزائري ، جاءت مطابقة لا تميز بين الضرر المادي والضرر الادبي ، كما ان نص المادة 131 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بمدى التعويض التي تحيلنا الى المادة 182 من القانون المدني ، لم تتعرضا الى التعويض عن الضرر الادبي وهذا نقص يجب تداركه ، حيث ان الفقه الجزائري متفق على تعويض مختلف انواع الضرر
المعنوي[1] .

اما عقد الترخيص وعقود نقل التكنولوجيا عموما يعمل اطراف العقد على تحديد شروطهم بدقة ، بحيث يضمن كل طرف قيام الاخر بالتزاماته ، بحيث يؤدي المرخص له مقابل ما حصل علية ويقوم المرخص بتنفيذ التزاماته كما وصفها العقد ، ويضمن تحقيق هدف هذا العقد على نحو يوصله الى تحقيق النتائج المرجوة ويتحقق من خلال تمتع المرخص بمهارات فنية عالية تؤهله الوفاء بالتزاماته ، على ان عدم تحقيقها يعني اخلالا بالعقد وقد اصطلح على هذا النوع من الاخلال بعبارة (مخالفة النظام العام التكنولوجي) *L'ordre puplic technologique* . ويقصد بذلك ما تم التعارف عليه في العقود بضرورة التقيد باهداف العقد وتحقيق النتائج ، وانه لا يجوز الاتفاق على تخفيف المسؤولية في هذه المسألة لتعارضها مع هذا العرف الذي اطلق عليه النظام العام التكنولوجي[2] .

وفي قضية حكمت فيها محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية بتاريخ 19 فبراير 1985[3] ، تتلخص وقائعها بما يلي ، اجريت في احدى المدن السورية مناقصة عالمية لانشاء مجمع للمنتجات الكيمياوية ورست المناقصة على شركة رومانية تعهدت بتوريد الالات وانشاء المجمع وتركيب وتشغيل الالات الى ان يبدأ الانتاج ، ووجدت الشركة

د. علي علي سليمان ـ مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1999 ، ص111 .

ـ كذلك د. محمد صبري السعدي ـ شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1994 ، ص70 .

ـ كذلك د. مقدم السعيد ـ نظرية التعويض عن الضرر المعنوي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1992 ، ص161 .

د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص444 .

د. محي الدين اسماعيل علم الدين ـ منصة التحكيم التجاري الدولي ، الجزء الاول ، الدار الجامعية ، الاسكندرية ، مصر ، 1986 ، ص184 .

الرومانية ان عملية تركيب وتشغيل الالات سوف تكلفها مبالغ كبيرة اذا قامت بها هي مباشرة ، ففضلت ان تعهد بها الى احدى الشركات السورية وتعاقدت معها على القيام بدور المقاول من الباطن بالنسبة لهذا الجزء من المقاولة ، وتضمن عقد المقاولة من الباطن ان تقوم الشركة الرومانية بتسليم الالات وقطع الاجهزة المختلفة ، بينما تقوم الشركة السورية بالتسليم وتجميع الاجزاء وتركيب كل الة على حدة ، ثم توصيل او ربط الالات ببعضها حسب التصميم المعد للانتاج ، على ان تكون عملية الانتاج مرتبة الترتيب الفني الاقتصادي المناسب . غير ان الشركة الرومانية تأخرت بتنفيذ ما التزمت به في حين كانت الشركة السورية تدفع اجور العمال ونفقات الاستعدادات الفنية ، وبالنتيجة وصلت القطع والالات معيبة ولا تصلح الا باستبدال غيرها بها او اصلاحها ، وسبب هذا الوضع ضررا بالغا للشركة السورية وطالبت بالتعويض عنه .

فاحالت محكمت التحكيم الامر الى لجنة الخبراء لتحديد الاخطاء التي وقعت ، وجاء تقرير الخبرة يؤكد حصول التأخير من الجانب الروماني ، ووصول بعض المعدات معيبة بما يشكل خطأ في التنفيذ ، الذي نشأ عنه اضرار للطرف الاخر .

ولتحقيق المسؤولية المدنية لابد ان يكون الخطأ الذي صدر من المدين هو السبب في وقوع اضرار للدائن ، وهذا هو معنى العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ، اي ان الضرر هو النتيجة الطبيعية لخطأ المدين ، ويقع على الدائن عبء اثبات العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام (الخطأ العقدي) والضرر الذي لحقه[1] .

اما العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام وسلوك المدين فهي المفترضة في نظر المشرع[2] ، وعلى المدين اذا كان يدعي عكس ذلك ان يقوم بنفي العلاقة السببية بين عدم التنفيذ وسلوكه[3] . وفي هذا المعنى تقرر المادة *176* من القانون المدني الجزائري (اذا

قرار حكم صادر من المحكمة العليا في الجزائر ، 3 ، م ، *17 / 6 / 1987* ، ملف رقم *49174* .
ـ كذلك القرار الصادر من نفس المحكمة في *19 / 11 / 1990* ، ملف رقم *63149* .
ـ مشار اليه من قبل الدكتور بلحاج العربي ، المصدر السابق ، ص*290* .
قرار حكم صادر من المحكمة العليا في الجزائر ، 3 ، م ، في *2 / 3 / 1983* ، ملف رقم *20310* .
ـ مشار اليه من قبل الدكتور بلحاج العربي ، المصدر نفسه ، ص*290* .
قرار صادر من المحكمة العليا في الجزائر ، 3 ، م ، *3* ، في *3 / 6 / 1987* ، ملف رقم *49767* ، م ، ق ، *1990* ، *3* ، ص*30* . مشار اليه من قبل الدكتور بلحاج العربي ـ المصدر نفسه ، ص*290* .

استحال على المدين ان ينفذ التزامه عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه مالم يثبت ان استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لايد له فيه . . .) فالمادة المذكورة لا تتعلق بالحقيقة الا بركن الخطأ وتفترض ان استحالة التنفيذ راجع الى سلوك المدين ولا شأن لها على الاطلاق بالعلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي يظل اثباتها خاضعا للمبادئ العامة .

الفرع الثاني
أثــــــر تقرير المسؤولية

ان تقرير مسؤولية احد الطرفين ، وثبوت اخلاله بالالتزامات الملقاة على عاتقه يعني بالمقابل قيام حق للطرف الاخر بالمطالبة بفسخ العقد او التعويض او بكليهما معا حسب الاحوال[1] ، ونعرض لكل حالة من هذه الاحوال بالتتابع .

أولاً : قد يترتب على ثبوت اخلال المتعاقد بالتزامه ثبوت حق للاخر بالفسخ ، اي حل الرابطة العقدية بعد نشوءها صحيحة ، وزوال اثارها باثر رجعي ، بسبب ان احد الطرفين لم ينفذ التزامه ، فالمتعاقد يلجأ الى الفسخ في الحالات التي لا يريد فيها ان يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، او التي لا يكون فيها التمسك بالدفع ذا معنى ، وذلك حسب نص المادة 119 مدني جزائري (في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوفِ احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذاره ان يطالب بتنفيذ العقد او فسخه مع التعويض في الحالتين اذا اقتضى الحال ذلك) .

علاء عزيز حميد ـ المصدر السابق ، ص86 .

تنص المادة 177 مدني عراقي (في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوفِ احد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للمتعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى) .

وايا كان الامر فان هذا الفسخ هو اعادة الحال الى ماكانت عليه قبل التعاقد ، وبما ان عقد الترخيص هو من عقود المدة ، فان فسخ العقد لا يرتب اثرا رجعيا بل يقتصر اثره على التزامات مستقبلية لم تنفذ بعد ، حيث يتم استغلال تكنولوجيا الاختراع خلال مدة معينة مما يستحيل معه اعادة هذا الانتفاع الى المرخص .

ومن هنا فان اطراف العقد ، غالبا ما يقومون بتحديد جميع الامور التفصيلية التي تتعلق بالعقد من وقت ابرامه الى انقضاءه ، وكيفية توافر شروط واسباب الانقضاء بما في ذلك الفسخ ، وفي حالة غياب مثل هذا الاتفاق فانه يتم اللجوء الى اعمال نصوص القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث الاجراءات التي تترتب على الاخلال بالالتزامات التعاقدية[1] . ويترتب على عدم امكانية اعادة الحال الى ما قبل التعاقد ، ان تكون حالات اللجوء الى الفسخ نادرة ، اذ ان المتلقي يكون في وضع قد قام معه بالبناء والاعداد لاستقبال الاختراع محل التعاقد من جهة ، ومن جهة اخرى فان المجهز قد قام باعطاء معلومات كافية بموجب العقد عن اختراعه واسراره الفنية .

عليه فان تصور الفسخ في مثل هذه الحالات يعد فرضا بعيد الحصول ، ويستعاض عن الفسخ بطلب التعويض ، طبقا لاحكام المسؤولية المدنية . ومع ذلك فان العمل يجري على واجب اعذار الطرف المخل بتنفيذ التزاماته على الوجه الصحيح والسليم خلال المدة المعينة ، فاذا ما انقضت تلك المهلة ولم يقم الطرف المخل بعمل ما يتوجب عمله ، جازت المطالبة عندئذن بفسخ العقد ، مع التعويض ان كان له مقتضى .

ثانياً : بيد ان تنفيذ الالتزامات التعاقدية قد يكون غير ممكن مما يقود بالضرورة الى ان تقتصرالمطالبة على التعويض لجبر الضرر[2] . ويأخذ هذا التعويض عموما صورتين اما ان يكون تعويضا عينيا او يكون تعويضا نقديا ، اي مبلغ من النقود ، وذلك حسب نص المادة *131* مدني جزائري (يقدر القاضي المدني التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لاحكام المادة *182* مع مراعاة الظروف الملابسة ، فان لم يتيسر له وقت الحكم ان يقدر

د. محسن شفيق ـ نقل التكنولوجيا ، المصدر السابق ، ص*94* .

د. علي حسن يونس ـ العقود التجارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، *1993* ، ص*10* .

مدى التعويض بصورة نهائية ، فله ان يحتفظ للمضرور بالحق في ان يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقرير)[1] . وحسب التفصيل التالي :

1- التعويض العيني :

ويعني قيام الطرف المخل (المدين) باصلاح واتمام النقص الذي ظهر خلال مراحل التنفيذ او عند بدايته ، كأن يكشف خللا معينا في نوعية المنتجات الصناعية للاختراع محل الترخيص ، فيقوم المجهز باصلاح عيوب هذه التقنية المنقولة للمتلقي ، ويستمد هذا النوع من التعويض اسسه من القواعد العامة للقانون المدني ، التي تقرر صراحة امكانية قيام المدين باعادة الحال الى وضعه الطبيعي او اداء عمل او شيء متصل بالمشروع المنقول او حتى القيام بعمل اخر لحساب الدائن ، ومع ذلك فان التعويض العيني قد يكون غير ممكن في بعض الاحوال ، كما في حال عدم جودة المنتجات الصناعية برغم قيام المدين باصلاح العيوب ، مما يضر بالتالي بمصلحة المرخص له اذا ما استمر الوضع على هذا المنوال ، مما يستلزم في نهاية الامر ان يصار الى ان يكون التعويض نقديا لجبر الاضرار .

2- التعويض النقدي :

متى ما ثبت مسؤولية المجهز باقراره او بموجب حكم قضائي ، وكان التعويض العيني مستحيلا ، او مضرا بمصلحة المتلقي او ان قانون البلد المعروض امام قضائه النزاع ، لا يبيح المطالبة بالتعويض العيني ، فان للمتلقي الحق بالمطالبة بالتعويض النقدي ، حيث تنص المادة *176* مدني جزائري (اذا استحال على المدين ان ينفذ الالتزام عينا ، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه . . .) .

ولما كان اساس المسؤولية هنا عقديا ، فان القواعد العامة تقتضي بان يقدر التعويض على اساس ما لحق بالدائن من خسارة وما فاته من كسب ، حيث تنص المادة *182* مدني

لم يرد في القانون المدني العراقي ما يحول دون جواز التعويض الغير نقدي ، فقد جاء في نص المادة *255* التي تصدرت احكام التنفيذ بطريق التعويض ، عاما لا يشترط في التعويض ان يكون نقديا ، اذ قضت بما يأتي (ينفذ الالتزام بطريق التعويض في الاحوال وطبقا للاحكام التي ينص عليها القانون) .

جزائري (اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد ، او في القانون فان القاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب . . .)[1] ، وبعبارة اخرى ان التعويض يقتصر في هذه الحالة على ما يتوقعه الطرفان اثناء انشاء العقد من اضرار قد تلحق باحدهما عندما لا ينفذ الطرف الاخر التزاماته بالشكل الصحيح ، وتستبعد طبيعة الحال هنا الاضرار التي لايمكن توقها الا في حالتي الخطأ الجسيم والغش .

يقابلها المادة 169 / 2 من القانون المدني العراقي .

البـــــاب الثاني

التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الخاصة الدولية

الباب الثاني

التحكيـ ـ ـ ـم كوسيلة

لتسوية المنازعات الخاصة الدولية

تمهيـ ـ ـ ـد ...

بالرغم من الحرص المتبادل بين جانبي عقد نقل التكنولوجيا عموما وعقد الترخيص خصوصا ، على تحديد حقوق والتزامات كل منهما ، من حيث النطاق والمضمون والتفاوض حول كافة المسائل والمشاكل التي قد تثار عند تنفيذ هذا العقد ، فإنه من المتصور ان تنشأ بعض المسائل الخلافية حول تطبيق او تفسير التزام او اكثر من التزامات طرفي العقد ، الامر الذي يؤدي الى حصول تنازع بينهما ، وهو ما يستلزم البحث عن وسيلة قانونية فاعلة يمكن الركون اليها لحسم ما قد يثار من تلك المنازعات ، بسبب عدم تنفيذ اي من طرفي عقد نقل التكنولوجيا لالتزاماته ، سواء كان عدم التنفيذ هذا راجعا لفعل ارادي صادر عن احد العاقدين أو كان مرده سبب خارجي لا دخل لارادة المتعاقدين في حصوله ، اذ قد يحصل خلاف بشأن هذا السبب الخارجي اذا ما اخذ بنظر الاعتبار ، ان عقد نقل التكنولوجيا عموما هو من العقود ذات الطبيعة الخاصة التي تتميز بالسرية وتقوم على الاعتبار الشخصي ، وان خصائص هذا العقد نمت وتطورت بالممارسة العملية مما ابقاه بعيدا عن اي نظام قانوني يختص به ، لذا نجد ان السبب الاجنبي الذي يستحيل معه تنفيذ الالتزام قد اختلف بشأنه على اعتبار ان المعيار الذي يوصف على اساسه الحادث الخارجي بانه قوة قاهرة يختلف باختلاف صور عقد نقل التكنولوجيا ، كذلك فان الاثار القانونية للاحكام المتعلقة بالظروف الطارئة تختلف باختلاف النظم القانونية المتنوعة , فقد تعرف بها بعض هذه النظم بينما نجدها غير معروفة في نظم اخرى ، كل ذلك من شأنه ان يفتح المجال واسعا للخلاف بين اطراف عقود نقل التكنولوجيا ، الامر الذي يستلزم بيان وسائل تسوية هذه المنازعات قدر تعلق الامر بهذا النوع من العقود ، من خلال تدخل جهات مختصة لحلها وتسويتها .

وبالنظر للطبيعة الخاصة لهذه العقود التي تفترض وجود نوع من التعاون الدائم والمستمر ، صار الاعتقاد بضرورة اللجوء الى الصلح واجراء نوع من التسوية الودية للنزاع القائم بينهما قبل الاقدام على اتخاذ اي اجراء آخر ، وتتحقق هذه التسوية عن طريق التفاوض والتوفيق ، اما اذا فشلت التسوية الودية في حل النزاع ، فمن المحتمل جدا ان يلجأ احد الاطراف الى تسوية النزاع عن طريق القضاء ، ولكن اثبتت الممارسة العملية على صعيد التجارة الدولية برغبة المتعاقدين في هذا المجال باللجوء الى التحكيم الدولي ، كوسيلة فعالة لفض هذه النزاعات لما يتمتع به التحكيم من خصائص تميزه عن باقي الوسائل الاخرى . لذا سنحاول الاشارة الى الطريقتين المشار اليهما أولا وهما (الودية والقضائية) بشكل مختصر وسنخصص هذا الباب لبحث التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لفض المنازعات .

أولا : التسوية الودية :

تتم التسوية الودية من خلال طرح موضوع النزاع بالتفاوض اولا ومن ثم محاولة التوفيق بين مصالح الطرفين وسوف نتعرض لهذه الخطوات بشكل مقتضب .

التفاوض : ان افضل الاساليب التي يمكن اتباعها لتسوية المنازعات هو عادة اسلوب التفاوض بين طرفي النزاع . اذ ان التوصل الى تسوية ودية من خلال التفاوض تعمل لتلافي الاضرار بالعلاقة الودية بين الاطراف ، يضاف الى ذلك ان اسلوب التفاوض قد يوفر على الطرفين ما تستلزمه تسوية المنازعات بوسائل اخرى غير التفاوض من تكاليف باهضة ووقت اطول كثيرا ما لا يتطلبه التفاوض[1] .

ومع ان طرفي العقد قد يرغبان في محاولة تسوية منازعاتهما عن طريق التفاوض ، قبل اللجوء الى وسائل اخرى ، لذلك قد لا يكون من المرغوب فيه ان يمنع العقد اي من الطرفين ان يسرع في وسيلة اخرى من وسائل التسوية قبل انقضاء فترة محددة من

الدليل القانوني للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن صياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية أعدته لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسترال) .
منشورات الامم المتحدة ، نيويورك ، 1988 ، ص75 .

الوقت مخصصة للتفاوض وأبعد من ذلك ، اذا نص العقد على عدم جواز البدأ في اجراءات اخرى لتسوية النزاع اثناء فترة التفاوض ، كان من الصواب ان يسمح للطرف المعني بالشروع في اجراء آخر حتى قبل انقضاء هذه الفترة في حالات معينة ، منها على سبيل المثال ، حينما يذكر احد الطرفين في أثناء سير المفاوضات انه ليس على استعداد لمواصلة التفاوض ، او عندما يكون الشروع في اجراء تحكيمي او قضائي قبل انقضاء فترة التفاوض امرا لازما من اجل الحيلولة دون فقدان حقه او سقوطه بالتقادم او بمضي المدة[1] .

التوفيق : اذا اخفق طرفا العقد في تسوية النزاع القائم بينهما من خلال التفاوض ، فقد يرغبان في محاولة التوصل الى تسوية ودية عن طريق التوفيق قبل اللجوء الى الاجراءات التحكيمية او القضائية ، والغرض من التوفيق هو التوصل الى تسوية ودية للنزاع بمساعدة طرف آخر محايد يحظى باحترام كلا الطرفين ، يطلق عليه اسم

(الموفق) ، الذي غالبا ما يكون خبيرا في المجال الذي حصل النزاع بشأنه ، فالاحوال التي يتعلق فيها النزاع بمسائل ذات طابع تقني رفيع تخص اوصاف المعرفة الفنية او تتعلق بمسائل اقتصادية لها علاقة بتحديد مقابل التكنولوجيا ، يجب تسويتها بمساعدة ذوي الاختصاص والخبرة[2] .

وهذا الطرف الثالث (الموفق) ، على خلاف المحكم او القاضي لا يفصل في

النزاع ، بل يساعد طرفي العقد في التوصل الى تسوية ودية ، ويتحقق ذلك بأن يقترح عليهما حلولا معينة يتم الاتفاق عليها ، معنى ذلك ان عملية التوفيق هي عملية غير خصامية ، ومن ثم فان الطرفين يكونا اقرب الى الاحتفاظ بعلاقة طيبة ، بل ان اسلوب التوفيق قد يحسن هذه العلاقة ، نظرا لأن نطاق التوفيق والاتفاق النهائي قد يتجاوزان الحدود الصارمة للنزاع الذي الجأهما الى التوفيق[3].

الدليل القانوني ، نفس المصدر ، ص75 .

د. نصيرة بوجمعة سعدي ـ المصدر السابق ، ص387 .

الدليل القانوني (اليونسترال) ، المصدر السابق ، ص368 .

وقد نص المشرع الجزائري في الاتفاقية المبرمة مع فرنسا بتاريخ 29 / 7 / 1965 المتعلقة بالتعاون في مجال استغلال الثروات الهيدروكربونية ، حيث اشتملت على نظام التوفيق ، اي يقوم كل من الطرفين المعنيين بتعيين موفق ، ثم يتفق الموفقان على اختيار موفق ثالث يرأس لجنة التوفيق ، واذا فشل الموفقان في احتيار الموفق الثالث ، وكذلك اذا لم يقوم المدعى عليه بتعيين الموفق الخاص به ، فان رئيس المحكمة الجزائرية العليا او نائبه هو الذي يقوم بذلك التعيين في خلال 45 يوم من تاريخ طلب ذلك الامر منه[1] . غير انه يتعين ملاحظة ان سلطة رئيس المحكمة العليا في اختيار رئيس لجنة التوفيق هي مقيدة ، لانه يتعين عليه ان يختار رئيس لجنة التوفيق من قائمة اعضاء المحكمة الدائمة للتحكيم على شريطة ان يحمل الشخص المختار جنسية احد طرفي النزاع ، وتوصياتها غير ملزمة .
وبالنظر الى الميزات المتقدمة التي يحققها اسلوبي التفاوض والتوفيق ، نجد ان كثيرا من التشريعات الوطنية الخاصة بنقل التكنولوجيا ، نصت على ضرورة ان تسوى منازعات العقود التي يكون موضوعها تكنولوجيا ، عن طريق التفاوض ، ونذكر في هذا المجال المادة (11) من مشروع تنظيم نقل التكنولوجيا المصري الذي جاء فيه، ضرورة حل منازعات عقود نقل التكنولوجيا بالتفاوض والطرق الودية وفي حدود ما يسمح به القانون المصري .
كذلك فان معظم قوانين الاستثمار قد قضت بضرورة حل منازعات الاستثمار بالطرق الودية ، نذكر في هذا المجال ، قانون الاستثمار الاردني رقم (16) لسنة 1995 . الذي نص في المادة (33) منه على ان (تسوى نزاعات الاستثمار بين المستثمر والمؤسسات الحكومية الاردنية تسوية ودية عن طريق التفاوض . . .) ، كذلك ورد في المادة 32 / 1 من قانون تشجيع الاستثمار في السودان الصادر في 19 / 7 / 1999 ، بانه في حالة حصول نزاع قانوني متعلق بالاستثمار ، فان مثل هذا النزاع يجب ان يعرض على التوفيق او التحكيم .

– Bekhechi (A) : quelques elements de reflexion sur La pratique Algerienne du contrat detat in (H) Cassau - Contrats intarnationaux et pays en developpement economica , paris , 1989 , p.87-88.

ـ ويمكن الاشارة الى ان بعد هذه الاتفاقية اصدر المشرع الجزائري قانون الصفقات العمومية بالامر رقم 67 / 90 والمؤرخ في 17 / 6 / 1967 والذي تعرض من خلاله الى امكانية حل النزاعات بالطرق الودية او اللجوء امام المحاكم ونص على ذلك بالمواد 152 ، 155 ، 159 منه .
كذلك جاء في نص المادة 17 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية على ضرورة ان يسعى الطرفان الى تسوية اي خلاف او مطالبة بشأن هذه الاتفاقية بطريق التفاوض والتسوية الودية .

ثانيا : التسوية القضائية :

يمكن تسوية المنازعات التي قد تنشأ بين اطراف عقود نقل التكنولوجيا عموما وعقد الترخيص الدولي على وجه الخصوص تسوية قضائية ، اي بواسطة قضاء يبت في النزاع عن طريق قرار قضائي ، وهذا القضاء يمكن ان يكون قضاء الدولة المتعاقدة (المتلقية للتكنولوجيا) او قضاء الطرف الاجنبي الخاص (مورد التكنولوجيا) أو قضاء دولة ثالثة[1] .

القضاء الداخلي للدولة المتلقية للتكنولوجيا :

قد يتعلق الامر باختصاص قضاء الدولة المتلقية للتكنولوجيا في نظر منازعات عقود نقل التكنولوجيا ، فان هذه المسألة يمكن تبريرها من خلال القول ان هناك مبدءا عاما معترف به بالاستناد اليه يكون قضاء الدولة هو المختص اصلا بفض جميع المنازعات التي يمكن ان تقع بين الدولة والشخص الخاص المتعاقد معها ، سواءا كان شخصا طبيعيا او معنويا ، وطنيا او اجنبيا[2] ، وتدخل ضمن هذه المنازعات تلك الناشئة عن العقود التي تبرمها الدولة لنقل التكنولوجيا مع الاشخاص الاجنبية الخاصة ، ولاشك في أن هذا المبدأ مشتق من مبدأ آخر يتعلق بسيادة الدولة وحصانتها وعدم خضوعها لغير قضائها الوطني .

كذلك يمكن تبرير اختصاص قضاء الدولة المتلقية للتكنولوجيا بنظر هكذا منازعات ، كون الاصل في مثل هذه العقود ان يجري تنفيذها داخل اقليم الدولة المتلقية للتكنولوجيا (المرخص له) ، سيما اذا كانت هذه العقود متعلقة بانشاء مجمعات صناعية او تطوير تلك

تجدر الاشارة بان المصدر القانوني لطرفي عقد نقل التكنولوجيا قد يختلف تبعا للمحكمة التي تنظر في النزاع ، فعلى سبيل المثال تعتمد صحة واثر اختيار القانون الواجب التطبيق على قواعد القانون الدولي الخاص الموجود في البلد الذي تنتمي اليه المحكمة التي تنظر في النزاع .
د. محمد يوسف علوان - النظام القانوني لاستغلال النفط في الاقطار العربية ، دراسة في العقود الاقتصادية الدولية ، الطبعة الاولى ، جامعة الكويت ، الكويت ، 1988 .

المجمعات باستيراد تكنولوجيا حديثة ، فاذا كان الامر كذلك مع الاخذ بنظر الاعتبار مبدأ سيادة الدولة على اقليمها (مبدأ الاقليمية) ، فان النزاع الذي يحصل بين طرفي العقد سوف ينعقد اختصاص النظر فيه للقضاء الوطني في الدولة المتلقية ، شأنه في ذلك شأن النزاعات الاخرى الناشئة عن عقود يراد تنفيذها داخل اقليم هذه الدولة .

وبقصد تعزيز وجهة النظر المتقدمة تسلك الدولة المتلقية للتكنولوجيا احد اسلوبين ، فهي اما ان تشير في اتفاقاتها المعقودة مع المستثمرين الاجانب الى ضرورة انعقاد النظر في النزاعات التي قد تنشأ بينهما مستقبلا لقضائها الوطني . وهو الامر الذي قد نجده واضحا في المادة (42) من العقد المبرم بين مصر وشركة بان امريكان الخاصة باعمال التنقيب في مصر سنة 1963 والتي ورد فيها (بان المنازعات التي قد تحصل مستقبلا بين مصر والشركة المذكورة ينعقد اختصاص النظر فيها للمحاكم المصرية)[1] .

والاسلوب الاخر الذي قد تنتهجه الدولة لتحقيق الغرض المتقدم هو الاستناد لاحكام قوانينها الوطنية التي تقضي بعرض مثل هذه النزاعات على قضائها الوطني ، مثال ذلك ما ورد في قانون الاستثمار اليمني رقم (22) لسنة 1991 ، الذي اجاز للمتعاقد الاجنبي الطعن بصورة مباشرة امام المحاكم الوطنية بالقرارات الصادرة عن الجهات الادارية المختلفة الموجودة في الدولة المتعاقدة معه[2] . كذلك نجد ان قانون تشجيع الاستثمار الاردني رقم (16) لسنة 1995 ، قد قضى على مبدأ اختصاص القضاء الوطني للدولة المتعاقدة بتسوية المنازعات الاستثمارية[3] .

وفي العراق لا نجد في قانون الاستثمار العربي والاجنبي الجديد لسنة 1997 او قانون الاستثمارات العربية رقم (46) لسنة 1988 اي اشارة لتحديد الجهة المختصة بتسوية المنازعات الاستثمارية ، الامر الذي يشكل انتقادا شديداً لاتجاه المشرع العراقي ، لأن الامر اذا دل على شيء ، فانما يدل على ابتعاد المشرع عن واقع الحياة الدولية الخاصة وعدم ادراكه لمشاكلها المتعددة سيما المسألة المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق وتحديد

د. محمد يوسف علوان ـ المصدر السابق ، ص491 .

انظر المادة 69 من قانون الاستثمار اليمني المعدلة بالقانون رقم 14 لسنة 1995.

انظر المادة 33 من القانون المذكور .

الجهة المختصة بتسوية المنازعات . ومع ذلك يمكن القول بأن المشرع العراقي قد حرص في قوانين اخرى على اعطاء الولاية العامة للمحاكم المدنية للفصل في كافة المنازعات ، ايا كان اطرافها سواء من الاشخاص الطبيعية او الاشخاص المعنوية ، بما في ذلك
الحكومة ، الا ما استثني بنص خاص ، وهو الامر الذي قررته المادة (29) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 ، كذلك بينت المادة 15 من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 ، الحالات التي يقاضي فيها الاجنبي امام المحاكم العراقية ومنها الحالة الخاصة التي يكون الاجنبي موجودا في العراق (المادة 15 / 1) او كان موضوع النزاع متعلق بعقد تم ابرامه في العراق او كان واجب التنفيذ فيه او كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق (المادة 15 / 4) . ومن خلال الامعان في هذه النصوص يتضح ان القانون العراقي يخضع المنازعات الاستثمارية التي تكون الاشخاص الاجنبية الخاصة المعنوية او الطبيعية اطرافا فيها لولاية المحاكم العراقية طالما لم يكن هناك نص خاص يقضي بخلاف هذا الامر .
اما موقف الجزائر في عقود التجارة الدولية عموما كان باديء الامر يتسم بالسلبية ، حيث يتجنب اللجوء الى محاكم اجنبية لفض المنازعات وقد تجلى موقفه ذلك بنص المادة 442 من قانون الاجراءات المدنية ، والتي تقضي بأن الدولة والمؤسسات العامة لا يجوز لهم ان يطلبوا التحكيم[1] . على اساس الاعتقاد السائد آنذاك ان شرط التحكيم الدولي إنما يعني التجاوز على مبدأ السيادة وبالتالي الانتقاص من قيمة المحاكم الجزائرية .

ولكن بعد تدخل الدولة الجزائرية في الحياة الاقتصادية وظهور التجارة التي تمارسها الدولة على الصعيد الدولي والعلاقات الاقتصادية ، ظهرت الدعوة الى التمييز بين النشاط الذي يطلق عليه **Jure imperi** والنشاط الذي يسمى **Jure gestiois** وبذلك تمت التفرقة بين اعمال السلطة والاعمال التجارية التي تمارسها الدولة .

ونتيجة للتعديلات العميقة التي ادخلت على المستوى السياسي والاقتصادي والتي انتهت بابرام العديد من الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار مع اهم المتعاملين مع

الامر رقم 80 / 71 المؤرخ في 29 / 12 / 1971 المعدل والمتمم للامر 154 / 66 المتضمن قانون الاجراءات المدنية تنص المادة 442 على ما يلي (. . . ولا يجوز للدولة ولا للاشخاص الاعتبارية ان يطلبوا التحكيم) .

الجزائر[1] ، الامر الذي ترك المجال امام الدولة ومؤسساتها ان تتخلى عن امر الولاية العامة للمحاكم الجزائرية الى امكانية اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي .

ومهما يكن من أمر ، فان اختصاص القضاء الوطني في الدولة المتعاقدة بتسوية المنازعات الاستثمارية ومنها منازعات عقود نقل التكنولوجيا ، اذا كان قد اعتبر مظهراً من مظاهر سيادة هذه الدولة وأحد وجوهها الرئيسة التي لا تقبل التنازل ، فان هذا الامر كان محل اعتراض جانب من الفقه الذي ذهب بعضه الى القول ، بان انعقاد اختصاص النظر في المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها الدولة مع اشخاص اجنبية خاصة ، امر لا يقدم الضمان الكافي للشخص الاجنبي الخاص المتعاقد مع الدولة ، اذا اخذنا بنظر الاعتبار اختلاف المركز القانوني لاطراف النزاع[2] فاحدهما دولة ذات سيادة ، والاخر عبارة عن شخص اجنبي من اشخاص القانون الخاص ، الامر الذي يؤدي الى صعوبة تحقيق المادة الكاملة بينهما امام القضاء الوطني للدولة المتعاقدة ، اذ قد يخرج هذا القضاء عن حياده المعهود بسبب تأثير دولته عليه او بسبب تأثره بالتيارات الفكرية والسياسية الموجودة في دولته[3] . بالاضافة الى ما تقدم فان انعقاد اختصاص النظر في المنازعات المتقدمة لقضاء الدولة المتعاقدة غالبا ما يقترن بتطبيق هذا القضاء لقانون دولته على تلك المنازعات وهذا القانون قد يكون مختلفا تماما عن النظام القانوني السائد في دولة الشخص الاجنبي الخاص، وهو الاختلاف الذي قد يصل الى حد التناقض اذا ما اخذنا بنظر الاعتبار ان الدولة

المرسوم الرئاسي رقم 91 / 345 الصادر في 5 / 10 / 1991 والمتضمن الاتفاق بين الجزائر واتحاد الاقتصاد البلجيكي ، لوكسمبورج المتعلقة بتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات في الجزائر .

- المرسوم الرئاسي رقم 91 / 346 الصادر في 5 / 10 / 1991 ، المتضمن الاتفاق بين الجزائر وايطاليا في مجال الاستثمار .

- المرسوم الرئاسي رقم94 / 1 الصادر في 2 / 1 / 1994 المتضمن الاتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا في مجال الاستثمار .

د. فوزي محمد سامي- التحكيم التجاري الدولي ، المصدر السابق ص450 .

- د. احمد عبد الفتاح الشلقاني ـ المصدر السابق ، ص15 .

- د. معاشو عمار - الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية ، رسالة دكتوراه كلية القانون ، جامعة الجزائر ، الجزائر ، 1998 ، ص319 .

د. صادق زغير محيسن - تنازع القوانين في عقود نقل التكنولوجيا ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، العراق ، 2001 ، ص155 .

المتعاقدة غالبا ما تكون دولة نامية حديثة العهد بالاستقلال[1] .

كذلك من الانتقادات التي وجهت الى مسألة اختصاص المحاكم الوطنية للدولة المتعاقدة بالنظر في منازعات عقود نقل التكنولوجيا . ان هذه المحاكم قد لا تكون قادرة على البت في المنازعات التقنية والقانونية المعقدة كتلك التي تنشأ عن عقود الاستثمارات الاجنبية وعقود الترخيص وعقد المساعدة الفنية وغيرها . كذلك فان انتماء القاضي الوطني الى الدولة المتعاقدة مع الشخص الاجنبي الخاص والتي لها نزاع معه امر يجعل هذه الدولة خصما وحكما في نفس الوقت ، الامر الذي يتنافى مع المنطق والعدالة .

قضاء الشخص الاجنبي الخاص او قضاء دولته :

من حيث المبدأ يستطيع الشخص الاجنبي الخاص المتعاقد مع الدولة المتلقية للتكنولوجيا ان يلجأ الى قضاء دولته او قضاء دولة ثالثة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بينه وبين الدولة المتلقية ، الا ان هذا الامر لا يحدث الا نادرا ، سبب ذلك ان الدولة المتلقية للتكنولوجيا انما تتعاقد مع الشخص الاجنبي الخاص بوصفها صاحبة سيادة وسلطان ، الامر الذي يمنع مثولها امام المحاكم الداخلية لكافة الدول الاخرى بما فيها الدولة التي ينتمي اليها الشخص الاجنبي الخاص (مورد اللتكنولوجيا) ، كذلك فانه ليس من مصلحة هذا الاخير رفع دعواه امام محاكم دولته او محاكم دولة ثالثة ، لانه في حال صدور قرار لمصلحته عن قضاء دولته او قضاء دولة ثالثة , فان مثل هذا القرار قد لاتكون له اي قيمة قانونية ، في الاحوال التي ترفض فيها الدولة المتلقية للتكنولوجيا تنفيذه ، سيما اذا لم تكن لهذه الاخيرة اموال يمكن الحجز عليها في اقليم الدولة التي صدر القرار عن
محاكمها[2] . ومع ذلك فان الذي تقدم لا يمنع على ، الاقل من الناحية النظرية من انعقاد

وهي المسألة التي تكون امامها في الاحوال التي تنظر فيها الى قانون القاضي بوصفه قواعد ذات تطبيق مباشر وقواعد آمرة يتعين تطبيقها قبل اعمال قاعدة الاسناد الوطنية .

- د. عبد الحميد محمود حسن السامرائي - تنازع القوانين في المسؤولية التقصيرية ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، العراق ، 1990 ، ص292 .

د. صادق زغير محيسن - المصدر السابق ، ص157 .

اختصاص النظر في منازعات عقود نقل التكنولوجيا لقضاء دولة الشخص الاجنبي الخاص او قضاء دولة ثالثة ، وذلك في الاحوال التي تكون فيها الدولة المتلقية للتكنولوجيا في حاجة ماسة الى التكنولوجيا محل العقد وكان الطرف الاخر محتكرا لها .

وخلاصة القول ان تسوية منازعات عقود نقل التكنولوجيا تسوية قضائية ، امر قد تتنازعه المحاكم الوطنية الموجودة في الدولة المتلقية للتكنولوجيا ومحاكم الطرف الاجنبي الخاص او محاكم دولة ثالثة ، وهذا امر طبيعي في حالة العقود الدولية ومنها عقد الترخيص الدولي ، فكل دولة تملك نظامها الخاص المتعلق بتحديد الاختصاص القضائي لمحاكمها الوطنية ، ومع ذلك فان هذا التنازع يمكن حله بان يدرج شرط في عقد نقل التكنولوجيا ، يحصر الاختصاص القضائي ويلزم طرفي العقد بعرض نزاعاتهما امام محاكم معينة في دولة محددة ، وهو الامر الذي نراه شائعا في الكثير من العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية الخاصة ، ومنها عقود نقل التكنولوجيا ، نذكر منها على سبيل المثال العقد المبرم بين شركة موانيء العراق (شركة عامة) وشركة بترومين الماليزية الدولية (شركة خاصة) في اطار مذكرة التفاهم الموقعة بين العراق والامم المتحدة اثناء فترة العقوبات الاقتصادية على العراق ، اذ ورد في المادة (21) من هذا العقد ، ان هذا العقد يطبق ويتم تفسيره وفقا لقوانين جمهورية العراق وتسوى نزاعاته بواسطة المحاكم العادية في العراق[1] .

وأخيرا وبعد التوسع الكبير في معاملات التجارة الدولية ، ورغبة المتعاملين في هذا المجال ، من تجنب عرض خلافاتهم لحسمها من قبل محاكم دولة الطرف الاخر ، بما في ذلك من تحمل لرسوم وتكاليف باهظة واستغراق وقت طويل ، ولما يتضمنه الحكم القضائي من مشاكل في حالة عدم تنفيذه . ولهذا السبب نجد ان الطرفين يتذرعان بعدم معرفتها بالنظام القانوني والقضائي لدولة الطرف الاخر ، لكي يستبعدا عرض النزاع على القضاء الوطني والسبب الحقيقي في الغالب هو عدم الثقة بالنظام القضائي لدولة الطرف الاخر في العقد .

ابرم هذا العقد في بغداد بين وزارة النقل والمواصلات العراقية ممثلة بشركة موانيء العراق والشركة الماليزية المذكورة بتاريخ 11 / 8 / 1999 ، في اطار مذكرة التفاهم الموقعة بين العراق والامم المتحدة في 20 / 5 / 1996 .

لذا اصبح التحكيم في الوقت الحاضر اهم وسيلة يرغب المتعاملون في التجارة الدولية اللجوء اليه لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملهم ، فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط يصار بموجبه الى اتباع التحكيم عن حدوث نزاع او خلاف يتعلق بتفسير او تنفيذ العقد المذكور . لهذا السبب خصصنا هذا الباب لبحث التحكيم الدولي كوسيلة هامة لتسوية منازعات عقد الترخيص الدولي ، حاله كحال كافة عقود التجارة الدولية .

لذا سنحاول من خلال هذا الباب تسليط ، الضوء على تعريف التحكيم ودوره في فض المنازعات الخاصة ، وهذا سيكون موضوع الفصل الأول ، ومن ثم نعرج على بيان القانون الواجب التطبيق علي التحكيم التجاري الدولي وذلك في فصلٍ ثانٍ .

الفصل الاول

التحكيم ودوره في ﻓ f المنازعات الخاصة الدولية

ان فكرة التحكيم كوسيلة لفض المنازعات لم تعد مقصورة للفصل في منازعات اطراف العقود الداخلية ، بل تعداه الى منازعات اطراف عقود التجارة الدولية سواء كانت هذه المنازعات بين الدول بعضها مع بعض ، او بين الدولة والافراد من جانب اخر ، او بين الافراد بعضهم مع بعض[1] .

وانتشر نظام التحكيم انتشارا واسعا نتيجة توجه الخصوم اليه والى البحث عن قواعد تنظمه ، فعقدت الاتفاقيات الدولية والاقليمية والثنائية ، كما انشأت تنظيمات خاصة له ، وزاد هذا الاهتمام مما أدى الى انشاء مراكز التحكيم عبر مختلف قارات العالم ، وهذا خير دليل على تعاظم شأن التحكيم وتوسيع مجاله .

ان هذا المركز الذي وصل اليه التحكيم ناتج عن المزايا العديدة التي يقدمها من حيث انه اداة لفض المنازعات بشكل ايسر وكلفة اقل من القضاء العادي . وهذه الاداة اوجدتها ارادة المتعاقدين عندما عزفوا الى التحكيم ، فضلا عن الطابع الذي يتميز به وهو المحافظة على سرية النزاع المطروح للفصل فيه ، اذ ان التسوية عموما تشكل عنصرا هاما عند بعض فئات التجار وفي انواع معينة من العقود ، كعقود نقل التكنولوجيا وما تحتمه طبيعتها ان تتم تسوية المنازعات فيها بطريقة التحكيم ، لما تضمنه من سرية موضوع النزاع .

وامام توسع المعاملات التجارية الدولية وكثرة النزاعات بين المتعاقدين وعدم نجاح طرق التسوية الودية او القضائية بشكل كبير ، كلها عوامل ساعدت على انتشار استعمال التحكيم كوسيلة لحل المنازعات الدولية ، لذا سنحاول التعريف بالتحكيم التجاري الدولي في المبحث الاول ، ثم نبين دور التحكيم في مجال المنازعات الخاصة الدولية في مبحث ثانٍ .

د. محمود الكيلاني - المصدر السابق ، ص505 .

المبحث الاول

التعريف بالتحكيم التجاري الدولي

ان التعريف بالتحكيم كوسيلة لفض المنازعات الخاصة الدولية ، يستلزم ان تحدد أولا معنى التحكيم وما يميزه عما يشتبه به من نظم قانونية ، وهذا سيكون موضوع المطلب الاول , ومن ثم بيان طبيعته القانونية في مطلب ثانٍ ، كذلك سنحاول بيان مزايا التحكيم في مطلب ثالث ، وانواعه في مطلب رابع .

المطلب الاول
المقصود بالتحكيم وتمييزه عما يشتبه به

هناك عدة تعريفات وضعت للتحكيم ونرى من المناسب ان نورد اهمها ، لكي نصل الى معنى محدد ، يتضمن اهم خصائص التحكيم التجاري الدولي .

فقد عرفه الدكتور ابو زيد رضوان , حيث قال (انه نظام لتسوية المنازعات عن طريق افراد عاديين يختارهم الخصوم مباشرة او عن طريق وسيلة اخرى يرتضونها ، او هو امكانية اطراف النزاع باقصاء منازعاتهم عن الخضوع لقضاء المحاكم المخول لها طبقا للقانون ، كيما تحل عن طريق اشخاص يختارونهم)[1] .

كما عرفه الدكتور فوزي محمد سامي ، بأنه (الطريقة التي يختارها الاطراف لفض المنازعات التي تنشأ من العقد عن طريق طرح النزاع ، والبت فيه امام شخص او اكثر يطلق عليهم اسم المحكم او المحكمون دون اللجوء الى القضاء)[2] .

د. ابو زيد رضوان - الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1981 ، ص19 .

د. فوزي محمد سامي - المصدر السابق ، ص17 .

كما عرفه الدكتور أحمد ابو الوفا ، بأنه (الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين او اشخاص معينون ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به)[1] .

كما عرفه الدكتور عز الدين عبد ا ، بأنه (قضاء خاص يتولاه افراد مزودون بولاية الفصل في المنازعات ، وذلك خروجا على الاصل الخاص ، حيث يقدر ملائمته لأداء العدالة ، مجتزءا ولايته من المحاكم القضائية والاشخاص والاطراف في المنازعة ، هم الذين يقيمونه ويحددون اختصاصه)[2] .

وعرفه من الفقه العربي الكثير ، بما يفيد الاتفاق حول فكرة التحكيم ومعناه ، انه عبارة عن طرح المنازعات على افراد لاصلة لهم بمرفق القضاء ويختارهم طرفا النزاع او يحددهم القانون للفصل في هذا النزاع[3] .

كما عرفه من الفقه الغربي الاستاذ روبير **Robert** بأنه (نظام للقضاء الخاص تقضي فيه الخصومة ، ويعهد بها الى اشخاص يختارون للفصل فيها) ، كما اوضح هذا الفقيه ان المقصود بالتحكيم هو انشاء عدالة خاصة ، يتم عن طريقها سحب المنازعات من يد القضاء لتحل عن طريق محكمين مخولين بمهمة الحكم[4] .

كما عرفه الاستاذ فوشار **Philippe Foucherd** بمعنى النص الذي اوردته المادة 1492 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد الصادر بتاريخ 1981 ، بانه ذلك التحكيم الذي يدخل في موضوع مصالح التجارة الدولية وهذا التعريف يفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي الذي يتعين ان يكون اداة لفض النزاع في خصومة ذات عنصر اجنبي[5] .

. أحمد ابو الوفا - المصدر السابق ، ص15 .

د. عز الدين عبد ا - القانون الدولي الخاص ، المصدر السابق ، ص37 .

د. أحمد عبد الفتاح الشلقاني - المصدر السابق ، ص5 .

- د. سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق ، ص75 .

_ د. محسن شفيق - المصدر السابق ، ص4 .

Robert (J) : Arbitrage commercial , Gazette du Paris . 1972 . P.2 .

-

- نقلا عن د. محمود الكيلاني - المصدر السابق ، ص503 .

-Fouchard (ph) : Larbitrage internationale en France, Revue du Larbitrage,1981 ,P.374 .

- نقلا عن د. محمود الكيلاني - المصدر نفسه ، ص503 .

يتضح مما تقدم ان هذه التعاريف جميعا تتفق في مضامينها وان اختلفت في الفاظها فهي تتفق على ان التحكيم هو وسيلة لفض المنازعات الناشئة بين اطراف العلاقة الخاصة الدولية ، وان هدف اطراف النزاع من اللجوء الى هذه الوسيلة هو اقصاء نزاعاتهم عن الخضوع للقضاء العادي ، كي تحل عن طريق اشخاص من اختيارهم يطلق عليهم اسم

(المحكمون) ، وهو على اساس ما تقدم يمكننا ان نعرف التحكيم التجاري الدولي بانه

(اتفاق بين طرفين في علاقة خاصة دولية يلتزمان بمقتضاه على النزول عن حقهم في الالتجاء الى القضاء العادي مع التزامهم بطرح نزاعاتهم القائمة او المستقبلية على فرد او افراد (المحكمون) ليفصلوا فيها بحكم ملزم لهم) . ومن هذا التعريف يمكن ان نستخلص اهم خصائص التحكيم التجاري الدولي وهي :

أولا : التحكيم هو طريقة لفض المنازعات الخاصة الدولية .

ثانيا : ان الاتفاق على التحكيم ، قد يكون عند ابرام العقد وقبل حدوث النزاع . ويسمى

(شرط التحكيم) **compromissoire** . اما اذا لم يكن هناك شرط في العقد المبرم بين الطرفين بموجبه يصار الى التحكيم لفض النزاعات التي قد تنشأ مستقبلا عن تنفيذ العقد ، وانما تم الاتفاق بينهما بمناسبة نزاع قائم فعلا لحله بطريق التحكيم ، ففي هذه الحالة يطلق

على هذا الاتفاق اسم (مشارطة التحكيم)[1] **compromise** .

ثالثا : يمنح اطراف النزاع ، المحكم سلطة اصدار حكم ملزم بينهم .

رابعا : ان حكم المحكمين نهائي وحاسم ، ويضع حدا للنزاع .

خامسا : يعبر التحكيم عن رغبة الطرفين في عدم عرض نزاعهم على القضاء العادي في الدولة ورغبتهم في اقامة محكمة خاصة بهم ، يختارونها بانفسهم ، ويحددون لها موضوع النزاع والقانون الذي يرغبون بتطبيقه فيما بينهم ، بمعنى ان المحكم ليس قاضيا مفروضا على الطرفين وانما هو قاضي مختار بواسطتهم .

د. فوزي محمد سامي - المصدر السابق ، ص18 .

* تمييز التحكيم التجاري الدولي عما يشتبه به من نظم اخرى :

التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الخاصة الدولية ، يختلف عن التحكيم الدولي الذي يعتبر احد الوسائل السلمية لفض المنازعات بين الدول . كذلك يختلف التحكيم التجاري الدولي عن كل من الخبرة والصلح والوكالة والتوفيق والقضاء العادي . وهذا ما سنراه من خلال النقاط التالية :

أولاً : اختلاف التحكيم عن الخبرة :

ان جوهر التحكيم كائن في تلك السلطة ، التي تمنح للمحكم للفصل في النزاع بقرار ملزم للطرفين ، بحيث يكون التحكيم ضربا من القضاء والمحكم قاضيا خاصا مهمته حسم الخصومة بقرار ملزم .

وتأسيسا على ذلك يختلف التحكيم عن الخبرة . لأن مهمة الخبير تقتصر على ابداء الرأي فيما يطرح عليه من مسائل دون ان يكون رأيه ملزم للخصومة ، او للهيئة المختصة لنظر النزاع ، سواء كانت محكمة او هيئة تحكيم ، فهو لا يفصل في النزاع وانما يعين على استجلاء جانب غامض منه ، لذا لا يكون رأيه حكما ولا يكون الخبير محكما[1] . والمحكم عند اصداره الحكم يكون مقيدا بالاوضاع والمواعيد والاجراءات المقررة في التحكيم ، بينما الخبير يكتب تقريرا ولا يتقيد بالاجراءات والمواعيد المقررة في قانون البينات وقرار ندبه من الجهة المختصة .

ويحصل في بعض الاحيان ، ان يلجأ الخصوم الى خبير ليكون محكما وخبيرا في الوقت ذاته ، قاصدين ان يفصل في النزاع القائم بينهم مستعينا بخبرته ، ولكن في أحيان أخرى يكون من الصعوبة تحديد حقيقة المقصود من المهمة الملقاة على عاتق شخص ما ، وما اذا كانت هذه مهمة تحكيم او خبرة . وفي مثل هذه الحالة يكون من واجب قاضي الموضوع استخلاص قصد الخصوم الحقيقي من واقع الدعوى وظروف الحال ، وتكون العبرة بالتكييف بحقيقة المقصود من المهمة المسندة للشخص الذي يلجأ اليه الخصوم وليس بالالفاظ التي يصاغ بها المطلوب من هذا الشخص . فاذا قرر الخصوم موافقتهم على

د. محسن شفيق - التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية) ، مجموعة محاضرات مطبوعة على الالة الكاتبة ، القيت على طلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، جامعة القاهرة ، 73 - 1974 ص10 .

- د. فوزي محمد سامي - المصدر السابق ، ص18 .

الاخذ برأي شخص معين يستشار فيما يرفع اليه من نزاع ، فان الأمر يعتبر تحكيما وليس خبرة ويعتبر محكما الشخص الذي يكلفه الخصوم بحسم النزاع بينهم ولو وصفوه بأنه خبير[1] .

ثانيا : اختلاف التحكيم عن الصلح :

ويختلف التحكيم عن الصلح ، حيث ان الصلح كما عرفته المادة (698) من القانون المدني العراقي ، بأنه (عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي) اما التحكيم فانه يقطع الخصومة بصدور حكم من المحكم او من المحكمين[2] .

ويتم الصلح من خلال تنازل كل طرف عن بعض حقوقه تجاه الطرف الاخر ، متى يتفق الطرفان على الوصول الى حل وسط . وقد يكون هناك وسيطا في الصلح يقدم حلولا للتوفيق بين الخصوم . وهي مجرد مقترحات وقد يأخذون بها وقد يعرضون عنها ، فهو والحال كذلك لا يفصل في النزاع وانما يعين على تسويته وديا او يعين على الفصل فيه من الجهة المختصة ، ولذا لا يعتبر محكما ، وقد وضحت محكمة النقض الفرنسية التفرقة بين التحكيم والصلح بقولها (يعتبر من قبيل التحكيم لا الصلح ، اتفاق الخصوم على طرح النزاع على شخص يقوم بحسمه ولو اشترطوا ان يكتب حكمه عل صورة اتفاق)[3] .

ثالثا : اختلاف التحكيم عن الوكالة :

يختلف التحكيم عن الوكالة ، ذلك ان المحكم ليس وكيلا عن احد الخصوم ، او كلاهما لأنه مستقل تمام الاستقلال عن الخصوم . إذ بمجرد الاتفاق على التحكيم تصبح له صفة القاضي ولا يتمكن الخصوم من التدخل في عمله . بل يكون حكمه ملزما لهم وهذا بعكس الوكيل الذي يلتزم بتعليمات الموكل ، ولا يجوز له الخروج عليها كقاعدة عامة ، كما لا يمكن ان يقوم الا بالاعمال التي يمكن ان يقوم بها الموكل .

د. احمد ابو الوفا - المصدر السابق ، ص17 .

نصت المادة 459 مدني جزائري ، معرفة الصلح بأنه (عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما او يتوقيان به نزاعا محتملا ، وذلك بان يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه) .

د. ثروت حبيب - المصدر السابق ، ص5 .

رابعا : اختلاف التحكيم عن التوفيق :

التوفيق اسلوب من اساليب تسوية الخلافات الناشئة عن العقود الدولية بطريقة ودية . ويختلف التحكيم عن التوفيق **consiliation** ، حيث ان اجراءاته هي ابسط بكثير من اجراءات التحكيم وان الموفق **consiliator** ، يحاول ان يقرب بين وجهات نظر الطرفين ، لكي يتوصل الى اتفاق لتسوية النزاع[1] ، كما ان حكم التحكيم يكون ملزما للاطراف ، اما قرار التوفيق فليست له صفة الالزام[2] ولايلتزم الموفق بتطبيق قانون معين .

خامسا : اختلاف التحكيم عن القضاء العادي :

ان الرجوع الى التحكيم يقتضي وجود اتفاق بين اطراف النزاع ، وبذلك فهو يختلف عن القضاء العادي ، لأن اللجوء الى القضاء العادي حق عام يستعمله الخصم تلقائيا دون الحاجة الى الحصول على موافقة من خصمه او الاستناد الى نص خاص ، فالتحكيم يقوم أصلا على مبدأ سلطان الارادة , بمعنى انه يجب أن يكون لارادة اطراف النزاع شأن فيه بحيث اذا انعدمت هذه الارادة فلا يعتبر تحكيما وانما هو قضاء دولة[3] .وقد تكون لأرادة اطراف النزاع دورا كاملا في عمليات التحكيم ، فتقرر الالتجاء اليه وتختار المحكم او هيئة التحكيم وتعيين القانون الواجب التطبيق(قانون الارادة) ، وتنظيم الاجراءات التي يتعين على المحكم اتباعها كما هو الحال في التحكيم الحر او الاختياري المطلق ، وقد يفرض

لقد اصدرت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للامم المتحة قواعد خاصة بالتوفيق ، وقد اقرت هذه القواعد من الجمعية العامة للامم المتحدة في 5 كانون الاول 1980 ، واوصت الاخذ بها لايجاد حل للمنازعات المتعلقة بالعلاقات التجارية الدولية عندما يرغب الطرفان حل تلك المنازعات بالطرق الودية .

وجاء في الفقرة الاولى من المادة 13 من القواعد المذكورة (عندما يبدو للموفق ان ثمة عناصر للتسوية يمكن قبولها من الطرفين ، يقوم بصياغة شروط لتسوية ممكنة ويقدمها الى الطرفين لابداء ملاحظاتهما عليها ، وللموفق بعد استلامه ملاحظات الطرفين ان يعيد صياغة شروط تسوية ممكنة على ضوء تلك الملاحظات) .

انظر في هذا الصدد ، د. نبيل احمد حلمي - التوفيق كوسيلة لحل المنازعات الدولية في القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1983 حيث جاء في ص28 (ان القرار النهائي بتطبيق ما توصل اليه التوفيق هو للاطراف نفسها ، وهذا يختلف عن التحكيم ، حيث ان الحكم الذي يصدر بمقتضاه هو حكم نهائي ، ويلزم اطراف النزاع ولا يتوقف على قبولهم له) .

د. محسن شفيق - المصدر السابق ، ص12 .

المشرع التحكيم ولكنه يترك لارادة الخصوم حرية تنظيم عملياته كلها او بعضها ، كما هو الحال بالنسبة للتحكيم الاجباري ، غير ان اختلاف الجوهر في كل من قضاء التحكيم والقضاء العادي لا يعني بالضرورة قطع الصلة بينهما فقد يوجد المشرع شيئا من التبعي بينهما ، كما لو استلزم عرض قرار المحكم على القضاء لاعتماده او لوضع صيغة التنفيذ عليه وقد يجيز المشرع للخصوم الطعن في قرار التحكيم امام القضاء العادي .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي

تباينت اراء الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم ، ومرد هذا التباين كون التحكيم قضاءا ذا طبيعة خاصة ، ينشأ باتفاق الخصوم ، وان وظيفة المحكم ذات طبيعة قضائية . لذا اتجه جانب من الفقه الى تغليب الجانب التعاقدي على الجانب القضائي ، وزعموا ان التحكيم في طبيعته انما هو نظام تعاقدي ، او ذو طبيعة تعاقدية في حين حاول جانب من الفقه تغليب الجانب القضائي على الجانب التعاقدي في التحكيم ، وان نظام التحكيم يقوم في الاصل على وظيفة قضائية ، بينما ذهب جانب آخر على نحو التأكيد بان التحكيم يعد في حقيقته نظاما له طبيعة مختلفة او مزدوجة . واخيرا هناك اتجاه يرى ان طبيعة التحكيم لا تعدو ان تكون سوى نظام مستقل له طبيعته الخاصة . لذا سنحاول عرض هذه الاتجاهات الفقهية بايجاز في اربعة فروع ، ثم تقديرها على النحو الاتي :

الفرع الاول

الطبيعة التعاقدية للتحكيم

يرى جانب من الفقه[1] ، ان التحكيم له طبيعة تعاقدية ، سواءا تم الاتفاق على التحكيم وفقا لبند من بنود العقد ام وفقا لمشارطة مستقلة ، وان مصدر قرارات التحكيم ، هو اتفاق طرفي الخصومة ، ولا تجد قوتها التنفيذية الا في هذا الاتفاق .

وان سلم انصار هذا الاتجاه بان التحكيم يقوم على عمل من المحتكمين ، وهو اتفاق التحكيم ، وعمل من المحكم وهو الفصل في النزاع بقرار ملزم لطرفيه ، لكنهم يعتقدون ان العمل الاخير يرتد الى الاول ويقوم عليه بوصفه مجرد تنفيذاً له ، ومن ثم فان اتفاق التحكيم يستغرق عملية التحكيم برمتها[2] . بينما يرى بعض انصار هذا الاتجاه ، ان اتفاق التحكيم

في تفصيل هذا الاتجاه ، د. ابو زيد رضوان - الاسس العامة في التحكيم ، المصدر السابق ، ص 23 وما بعدها .

- د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال - التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، ج1 ، الطبعة الاولى ، القاهرة ، 1998 ، ص38 .

د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال - المصدر نفسه ، ص38 .

وحكم التحكيم يمثلان كلا واحدا لا يمكن فصلهما ، فهما يكونان هرماً قاعدته اتفاق التحكيم وقمته حكم التحكيم ، الذي يبدو مجرد عنصر تبعي في عملية التحكيم ، على الرغم من انه الهدف منها[1] .

ووفقا لهذا الاتجاه ، فان اتفاق الاطراف هو الذي يحقق اخراج النزاع من سلطان القضاء واسناده الى سلطان التحكيم ، ثم تنسحب طبيعة التحكيم التعاقدية على قرارات التحكيم[2] ، ولتدعيم الطبيعة الاتفاقية للتحكيم استند انصار هذا الاتجاه بجملة من الاسانيد اهمها :

ان اساس التحكيم هو اتفاق الاطراف على حل النزاع بصورة ودية بعيدا عن ساحة القضاء الوطني .

ان ارادة الاطراف هي في ذات الوقت التي تعين المحكم الذي يتولى الفصل في النزاع ، وتحدد مدى ولايته والاجل الذي ينتهي فيه من مهمته .

ان هذا الاتفاق هو الذي يحدد القواعد التي يتعين على المحكم اتباعها في ادائه لهذه المهمة ، اذ لا يلتزم المحكم بمراعات اجراءات المرافعات ولا حتى قواعد القانون الموضوعي ، اذا اعفاه الخصوم من التقيد بها .

ان التحكيم يختلف في هدفه عن القضاء , فالقضاء يرمي الى تحقيق مصلحة عامة ، اما التحكيم فانه يرمى الى تحقيق مصالح خاصة لاطرافه ، علاوة على ذلك فان المحكمين ليسوا من لهم ولاية القضاء فلا تعينهم السلطة العامة ، ومن ثم لا تنطبق عليهم القواعد التي تسري على القضاء[3] .

وهكذا يصل انصار هذا الاتجاه الى ان القرار الذي يصل اليه المحكم في النهاية ماهو الا محصلة لتطبيق شروط التحكيم التي اتفق عليها اطراف اتفاق

التحكيم . ولقد كان لهذا الاتجاه اثره وان كان محدودا ، اذ اكدت محكمة النقض الفرنسية الطبيعة التعاقدية للتحكيم ، فقد جاء في حكمها الصادر

د. عز الدين عبد ا - المصدر السابق ، ص18 .

د. ابو زيد رضوان - المصدر السابق ، ص 24 .

د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال - المصدر السابق ، ص38 .

د. احمد حسان الغندور - المصدر السابق , ص 37 .

بتاريخ 17 يوليو 1937 (ان قرارات التحكيم الصادرة على اساس مشارطة التحكيم يكون وحدة واحدة مع هذه المشارطة وتنسحب عليها صفتها التعاقدية)[1] .

الفرع الثاني
الطبيعة القضائية للتحكيم

وبالمقابل للاتجاه السابق ، يذهب بعض الفقه الى تكييف طبيعة التحكيم الى تغليب الطابع القضائي[2] . بحسبان ان وظيفة المحكم هي وظيفة قضائية ، فالنزاع الذي ينظره المحكم يمر بالاجراءات ذاتها التي يمر بها امام القاضي ، وينتهي بحكم مماثل لحكم القاضي ، سواءا فيما يتعلق بالطعن او فيما يتعلق بقابلية التنفيذ[3] ويؤكد انصار هذا الاتجاه الى (ان الاطراف حينما يتفقون على التحكيم لا ينزلون عن الدعوى ، وانما ينزلون عن اللجوء الى القضاء الذي تنظمه الدولة . فالتحكيم نوع من انواع القضاء الى جانب قضاء الدولة ، شأنه شأن القضاء الاجنبي الذي يعترف القانون الوطني باحكامه ، حقيقته ان القضاء مظهرا من مظاهر السيادة ، ويجب ان لا تقوم به سوى الدولة ، ولكن الدولة بما لها من سلطة تستطيع ان تعترف لبعض الاشخاص بالقيام بهذه المهمة بصورة التحكيم . . . وليس ادل على الصفة القضائية للتحكيم . . . من ان القرار الذي يصدره سيكون له حجية الامر المقضي فيه ، كما ان المحكم يرد لذات الاسباب التي يرد بها القاضي)[4] .

وللتدليل على اوجه التقارب بين نظام التحكيم ونظام القضاء ، يؤكد هذا الاتجاه ان المقارنة بين دور الارادة المشتركة للخصوم في التحكيم ودورها في القضاء ، يكشف ان

أشار اليه د. ابو زيد رضوان - المصدر السابق ، ص25 .

ـ وفي عرض الموقف القضائي الفرنسي ، د. محسن شفيق - التحكيم التجاري الدولي ، المصدر السابق , ص38 وما بعدها .

د. احمد ابو الوفا - التحكيم الاختياري والاجباري ، المصدر السابق ، ص19 .

وينبه انصار هذا الاتجاه ، أنه لتحديد طبيعة التحكيم يجب ان يعتمد اساسا على معايير موضوعية تتعلق باصل الوظيفة او المهمة التي توكل الى المحكم والغرض منها . وليس على معايير عضوية او شكلية تتعلق بشخص من يؤدي هذه الوظيفة . في عرض ذلك ، د. ابو زيد رضوان - المصدر السابق ، ص26 .

د. احمد حسان الغندور - المصدر السابق ، ص33 .

اختيار التحكيم بوصفه وسيلة لحسم النزاع يتم بعمل ارادي من طرفيه ، كذلك الامر امام القضاء ، اذ قد يتفق اطراف النزاع على رفعه الى محكمة غير المحكمة المختصة به اصلا او الىمحاكم دولة غير الدولة التي يثبت الاختصاص لمحاكمها ، وقد يتفق اطراف الخصومة على النزول عنها بعد رفعها . وهذا يدل بجلاء على ان ما تقوم به ارادة الخصوم من دور في عرض النزاع على التحكيم بدلا من ارادة القضاء ، ليس له من اثر في حقيقة الوظيفة التي يؤديها التحكيم ، من كونها وظيفة قضائية مثلها في ذلك مثل وظيفة قضاء الدولة[1] . ويصل انصار هذا الاتجاه الى انه اذا كان التحكيم يقوم بالوظيفة ذاتها التي يقوم بها قضاء الدولة ، وهي حسم النزاع وتحقيق العدالة بين الخصوم ، فانه يكتسب حتما الطبيعة القضائية[2] .

الفرع الثالث

الطبيـــــــعة المزدوجة

يذهب جانب من الفقه الى ان (العيب المشترك في الاتجاهين السابقين هو ان كلا منهما اراد ان يجري على التحكيم في مجموعه وصفا واحدا ، بينما هوفي الحقيقة نظام مختلط ، يبدأ باتفاق ثم يصير اجراء ثم ينتهي بقضاء وهو قرار التحكيم . . . هذا التحليل يسوغ بمصلحة التجارة الدولية التي تتطلب اطلاق حرية الاتفاق على التحكيم في بدايته ، ثم تحويله في مرحلته الاخيرة الى قضاء ليكتسب القرار الذي يصدر فيه حجية بذاته فلا يحتاج الى دعوى يعقبها حكم يضفي عليه هذه الحجية)[3] .

هذا الاتجاه يميل الى منح التحكيم صفة العقد وصفة القضاء على التعاقد بوصفه نظاما مختلطا يبدأ باتفاق قبل امر التنفيذ ، ثم يصبح بهذا الامر بمثابة الحكم القضائي[4] . بمعنى ان التحكيم تتعاقب عليه صفتان الاولى ، وهي الصفة التعاقدية ، اذ تبدو واضحة في

د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال - المصدر السابق ، ص42 .
ويلاحظ بعض الشراح ان الطبيعة القضائة للتحكيم تحظى بتأييد واسع في احكام القضاء في هذا الرأي واحكام القضاء في كل من فرنسا وبلجيكا ومصر . د. ابو زيد رضوان - المصدر السابق ، ص29-30 .
ـ د. احمد حسان الغندور - المصدر السابق ، ص35 .
د. محسن شفيق - المصدر السابق ، ص20 .
د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال - المصدر السابق ، ص44 .

اختيار الخصوم لقضاء التحكيم لحسم منازعاتهم وعزوفهم عن القضاء الوطني واختيارهم للقواعد الاجرائية الواجبة الاتباع وتحديدهم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع . وبعد هذا يبدأ التحكيم بالتحول من طبيعته التعاقدية هذه الى طبيعة قضائية بفضل تدخل الدولة عندما يلجأ اليها الخصوم لاعطاء قرار التحكيم القوة التنفيذية ، عن طريق الحصول على امر تنفيذه . اذ بهذا الامر يتحول التحكيم الى عمل قضائي ، وبدءا من أمر التنفيذ يتحول قرار التحكيم الى حكم قضائي[1] .

الفرع الرابع
الطبيعة المستقلة للتحكيم

يذهب انصار هذا الاتجاه ، الى ابراز مثالب الاتجاهات السابقة ، على ان تلك الاتجاهات حاولت تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم ، من خلال النظر اليه من واقع المعاملات الوطنية البحتة ، وانها حاولت اسقاط الاعتبارات التي تحكم هذا النظام في المعاملات الوطنية على نظام التحكيم التجاري الدولي ، فضلا عن ان انصار الاتجاه الاول الذين يرون ان التحكيم يعد عقدا لم يتفقوا فيما بينهم على طبيعة هذا العقد[2] .

اما انصار الاتجاه الثاني ، يرون ان التحكيم في طبيعته يعد وظيفة قضائية ، فانهم قد اختلفوا فيما بينهم حول اساس تلك الوظيفة[3] . اما انصار الاتجاه الثالث ، الذين يرون في اذ يرى بعض الفقهاء ان اساس سلطة المحكم في اقامة العدل بين الخصوم هو تفويض من الدولة التي تملك بما لها من سلطان تفويض المحكم الذي يختاره الخصوم وبصفة مؤقتة مباشرة هذه الوظيفة العامة . فيكون هذا التفويض هو السبب المنشيء لسلطة المحكم ، ويكون اتفاق الخصوم بمثابة شرط القيام هذا التفويض ، ومن ثم يكون مجرد بطانة للقضاء الوطني ، ومنهم من يذهب عكس ذلك ويرى ان قضاء التحكيم يشكل جهة قضاء الى جانب قضاء الدولة . بحيث يمكن القول انه يوجد قضاءان بصفة متوازية قضاء الدولة وقضاء التحكيم وكل منهما له اصالته واستقلاله ، والعلاقة بينهما ليست علاقة تبعية بقدر ما هي علاقة اشتراك في الوظيفة .

وفقا لهذا الرأي فان احكام التحكيم تخضع بالضرورة عند تنفيذها لقواعد تنفيذ الاحكام القضائية الاجنبية - في عرض هذا الرأي ، د. ابو زيد رضوان - المصدر السابق ، ص33 .

هل هو من عقود القانون العام او من عقود القانون الخاص ؟ وان كان من عقود القانون الخاص ، فهل هو عقد مقاولة او عقد عمل ؟

- د. ابو زيد رضوان - المصدر السابق ، ص34 .

- د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال - المصدر السابق ، ص42 .

التحكيم طبيعة مزدوجة ، فان مثل هذا الوصف يعد بمثابة اعتراف بالعجز ومحاولة الهروب من مواجهة الحقيقة بابعادها المتعددة[1] . لذا يرى انصار هذا الاتجاه انه اذا صح القول بوصف التحكيم الوطني على انه بطانة لقضاء الدولة ، فان مثل هذا الوصف لا ينسحب الى التحكيم التجاري الدولي ، بحسبانه قضاء ا للتجارة الدولية يسعى الى تحقيق عدالة خاصة تتفق مع طبيعة هذه التجارة , ومن ثم فهي تختلف عن فكرة العدالة في القوانين الوطنية[2] .

وعليه فان التحكيم التجاري الدولي ، يعد نظاما خاصا يختلف في جوهره عن التحكيم الوطني ، وعن قضاء الدولة ، كما ان له قواعده الخاصة المستقاة من واقع التجارة الدولية ، فهو لم يعد عملا من طبيعة ارادية خاصة ، اذ يكشف واقع التجارة الدولية ، ان حرية الخصوم في اختيار التحكيم كوسيلة لفض المنازعات واختيارهم محكميهم ، اصبح وهما ، فكثيرا ما يفرض التحكيم جبرا على اطراف عقود التجارة الدولية[3] .

وكذلك الامر في ما يتعلق باختيار المحكمين ، اذ لم يعد لاطراف النزاع في منازعات التجارة الدولية سوى اختيار مكان التحكيم ، وتصبح هيئات ومراكز التحكيم الدولية بمثابة محاكم التحكيم ، وتصبح لوائحها بمثابة قانون مستقل لاجراءات التحكيم[4] .

د. سامية راشد - التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية ، المصدر السابق ، ص71 .

ومن هذا المجال يعبر بعض الفقه بالقول (انه يتعين الى الهدف من اللجوء الى التحكيم وهو السعي الى العدالة على اساس مختلف عن المفهوم التقليدي للعدالة امام القضاء ، ومن ثم فان التحكيم يعد اداة خاصة لتطبيق قواعد خاصة يتحقق من وراءها الهدف الذي يسعى الخصوم للوصول اليه) .

- د. احمد ابو الوفا - المصدر السابق ، ص19 .

والجدير بالذكر ان هناك بعض العقود يكون فيها التحكيم اجباريا ، كما هو الحال بعقد الترخيص النموذجي ، وكذا بعض عقود نقل التكنولوجيا ، والتي تتضمن شرطا يقضي باحالة ما يثار من منازعات بشأن هذا العقد سواءا في تفسيره او تنفيذه الى غرفة التجارة الدولية بغية حل النزاع وفقا للقواعد المعمول بها لديهم وهي التوفيق والتحكيم . وهذا ما جاء في ورقة العمل المقدمة الى الدورة الاولى للمحكمين والخبراء في حسم المنازعات التجارية والمدنية عن طريق التحكيم ، اقامها المركز اليمني للتوفيق والتحكيم بالتعاون مع مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، صنعاء للفترة من 9-11 فبراير 1999 ، ص7 وما بعدها .

- مشار اليه من قبل د. طارق عبد ا عيسى المجاهد - المصدر السابق ، ص255 .

- ملاحظة : مع تقديرنا للرأي السابق المشار اليه اعلاه ، فإن الاصل بالتحكيم في عقود التجارة الدولية اختياري ، وما التحكيم الاجباري الا استثناء من الاصل .

ويؤكد هذا الرأي ، انه باستقراء واقع التجارة الدولية يكشف غلبة اللجوء الى التحكيم المؤسسي عنه بالنسبة للتحكيم الخاص . د. ابو زيد رضوان - المصدر السابق ، ص30 .

الامر الذي يؤكد توحيد الاجراءات في منازعات عقود التجارة الدولية . وفيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق ، يلاحظ ميل قضاء التحكيم التجاري الدولي الى تطبيق عادات واعراف التجارة الدولية ، فضلا عن العقود النموذجية والشروط العامة ، اي اعتمادها على القواعد الموضوعية للتجارة الدولية التي صارت بمثابة القواعد الاساسية امام هيئات التحكيم، ومن ثم أضحت قرارات التحكيم التجاري الدولي تؤدي دورا اساسيا كمصدر من مصادر القواعد الموضوعية التي تحكم عقود التجارة الدولية ، بوصفها سوابق قضائية تؤثر في مسار التحكيم ، بحسبانه القضاء الاصيل للتجارة الدولية[1] . وهكذا يصل انصار هذا الاتجاه الى ان خاصية استقلال التحكيم التجاري الدولي ، يستمد من طبيعة منازعات عقود التجارة الدولية بوصفه قضاءا اصيلا للوسط التجاري الدولي .

الفرع الخامس

تقدير الاتجاهات السابقة

لتحليل الاتجاهات السابقة التي تناولت الطبيعة القانونية للتحكيم ، يبدو ان كلا منها اصابت جانبا من الحقيقة ، وليس الحقيقة كلها . اذ هناك بعض الماخذ كشف عنها مسلك هذا الاتجاه او ذاك . فانصار الطبيعة التعاقدية للتحكيم وان اكدوا على ان التحكيم في اساسه وجوهره هو تصرف ارادي يقوم على مبدأ الإرادة ، والقوة الملزمة للعقود ، الا انه يتجاهل حقيقة الوظيفة التي يؤديها المحكم ، اذ ان الواقع يؤكد ان المحكم يقوم بالوظيفة ذاتها التي يقوم بها القاضي ، وهو ينتهي في هذا الشأن الى حكم مشابه للحكم الذي يصدره القاضي[2]. فالتحكيم وان كان تصرفا اراديا ، الا ان المحصلة النهائية لهذا التصرف تتجه اساسا الى تحقيق نوع من النشاط ذي الطابع القضائي ، الذي يسفر عن حسم منازعة بين الخصوم بواسطة قضاء التحكيم[3] .

ومن ثم لا يمكن القول بالطبيعة التعاقدية للتحكيم بصورة مطلقة ، اذ ان واقع حال التحكيم التجاري الدولي يؤكد استقلال شرط التحكيم عن العقد الذي تضمنه ونشبت عنه

وفي تأييد هذا الاتجاه ، د. ابو زيد رضوان ـ المصدر السابق ، ص40 .

د. مصطفي محمد الجمال ، د. مصطفى محمد عبد العال - المصدر السابق ، ص39 .

د. سامية راشد - المصدر السابق ، ص70 .

المنازعة[1] . وفيما يتعلق بالاتجاه الثاني ، الداعي الى الطبيعة القضائي للتحكيم ، وان كنا نتفق معه في ان مهمة المحكم بالفصل في النزاع هي مهمة قضائية ، وان حسم النزاع بقرار ملزم هو المعيار الحاسم في تمييز التحكيم عن غيره من النظم المشابهة ، الا اننا لا نتفق مع هذا الاتجاه في اطلاق الطبيعة القضائية على عملية التحكيم برمتها ، اي ابتداء من العمل الارادي (اتفاق التحكيم) وحتى قرار التحكيم بحسبان ان الوظيفة القضائية للتحكيم امر واتفاق التحكيم امر اخر ، اذ ان اتفاق التحكيم تظل لها الطبيعة التعاقدية ، وان حكم التحكيم وان عد عملا قضائيا ، الا انه لا ينطبق عليه جميع قواعد الاحكام القضائية الصادرة من قضاء الدولة[2] .

وبخصوص الاتجاه الثالث المؤيد للطبيعة المستقلة للتحكيم ، وان اصاب جزءا من الحقيقة ، الا ان ما يؤخذ عليه محاولته ايجاد حد زمني فاصل بين كل من الطابع العقدي والطابع القضائي للتحكيم .

فالقول بان حكم التحكيم يظل ذي طبيعة تعاقدية حتى يصدر امر التنفيذ ، فيحول من الطبيعة التعاقدية الى الطبيعة القضائية ، وهو قول لا يمكن اقراره او التسليم به[3] . لذا حاول جانب من انصار هذا الاتجاه تلافي هذا المأخذ ، وأكد ان النقطة التي ينتهي عندها الطابع التعاقدي ويبدأ الطابع القضائي ، هي بداية ممارسة المحكم لمهنته او على الاكثر باصدار حكمه[4] ، لا سيما اذا اخذنا بنظر الحسبان ان غالبية احكام التحكيم التجاري الدولي يتم تنفيذها اختياريا ، دون حاجة الى اللجوء للسلطة العامة في دولة ما لتذيلها بالصيغة التنفيذية .

اما الاتجاه الاخير والقائل بالطبيعة المستقلة للتحكيم ، فانه على الرغم من وجاهة النتيجة التي توصل اليها ، وكون التحكيم قضاءا اصيلا للتجارة الدولية له القدرة على مواكبة

وتأكيدا لاستقلال شرط التحكيم عن العقد الاصلي ، فان هذا الشرط لا يتاثر باحتمال فسخ او بطلان العقد الذي كان هذا الشرط احد بنوده .

- د. ابو زيد رضوان - المصدر السابق ، ص27 .

د. احمد حسان الغندور - المصدر السابق ، ص39 .

وان التسليم بهذا القول ، ينسحب الى التسليم ايضا بأن حكم القضاء الاجنبي لا يعد قضاءا الا بعد صدور أمر تنفيذه من السلطة المختصة في الدولة المراد تنفيذ هذا الحكم فيها ، د. احمد حسان الغندور - المصدر نفسه ، ص42 .

د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال - المصدر السابق ، ص45 .

مقتضيات التجارة الدولية ، وان حكم التحكيم لا يعدو ان يكون مجرد اثر من اثار التعاقد كما لا يمكن وصفه بالحكم القضائي البحت ، وانما هو عمل قضائي ذو طبيعة خاصة كونه لا يصدر عن السلطة القضائية ولا يتبع بصدده الاجراءات القضائية المتبعة امام المحاكم ، ولانه لا يصدر في ذات الشكل المقرر للاحكام القضائية[1] .

ومع ذلك لا نتفق معه على بعض المقدمات التي بنيت عليها تلك النتيجة . اذ ان القول بان حرية الخصوم في اختيار التحكيم كوسيلة لفض المنازعات واختيار محكميهم اصبح وهما ، يجافي حقيقة التحكيم التجاري الدولي . فالاصل ان التحكيم في منازعات التجارة الدولية اختياري . ونعتقد انه حتى يمكن احتساب التحكيم قضاءا اصيلا للتجارة الدولية ، فانه يتعين ان يكون لجوء اطراف عقود التجارة الدولية الى التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات المتعلقة بها وعن حرية وارادة معبرة عن اهمية هذه الوسيلة ، وعلى هذا النحو فالتحكيم التجاري الدولي ، يعد قضاءا خاصا يتم اللجوء اليه بناءا على ارادة اطرافه . وقرار التحكيم يعد منذ صدوره قضاءا . ومن ثم يجوز حجية الامر المقضي فيه ، ولا يقبل الطعن فيه شريطة التزامه ببنود اتفاق التحكيم والقواعد القابلة للتطبيق .

د. أحمد ابو الوفا ، ، المصدر السابق ، ص19 .

المطلب الثالث

أنـــــــواع التـــــــــحكيم

للتحكيم صور متعددة ، اذ قد ينظر اليه من حيث طبيعته ومجاله ، حيث ينقسم الى تحكيم وطني وتحكيم دولي . وقد ينظر اليه من حيث مدى الصلاحيات المخولة للمحكم ، حيث ينقسم بدوره الى التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح ، كما ينظر اليه من حيث تنظيمه حيث يكون اما تحكيما مؤسسيا نظاميا ، او تحكيما حرا . تلك هي اهم انواع التحكيم والتي سوف نتناولها بايجاز في فروع ثلاث على النحو الاتي :

الفرع الاول

التحكيم الوطني والتحكيم الدولي

قد يبدو سهلا من الناحية النظرية التمييز بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي ، الا ان واقع الحال يؤكد ان التمييز بينهما يعد من المسائل الهامة والمعقدة في نفس الوقت . فمن حيث اهمية التمييز ، تثار عدة مشاكل قانونية تتعلق بالتحكيم الدولي ، وتختص بالتحكيم الوطني . ومن حيث التعقيد فان معيار دولية التحكيم يثير صعوبات جمة عند تحديده . حيث يتفق التحكيم الوطني والتحكيم الدولي في كونهما وسيلة خاصة لحسم نزاع يتعلق بعقد يتم بمعرفة شخص خاص يختاره الاطراف (المحكم او هيئة التحكيم) وبمقتضى قرار له قيمة قضائية ، فضلا عن ان قرارت التحكيم الوطني والدولي بحاجة دائمة للقضاء الوطني لتذيله بالصيغة التنفيذية ، عندما يراد تنفيذه جبرا[1] . ومع ذلك فهما يختلفان من عدة اوجه ، هذا الاختلاف يظهر خصوصية التحكيم التجاري الدولي .

فمن جهة نلاحظ ان التحكيم الوطني ينظم علاقة تنتمي بكافة عناصرها الى دولة واحدة ، ومن ثم يستنبط في كنف نظام قانوني واحد[2] ، اما التحكيم الدولي فهو ينظم علاقة تتصل معظم عناصرها بدول متعددة ومن ثم ينبسط في نطاق اكثر من نظام قانوني واحد ، الامر الذي قد يثير تنازع بين القوانين المتصلة بالعلاقة العقدية موضوع التحكيم[3] .

د. سلامة فارس عرب - المصدر السابق ، ص562 .
د. ابو زيد رضوان - المصدر السابق ، ص57 .
د. سلامة فارس عرب - المصدر السابق ، ص563 .

ومن جهة ثانية هناك عدة مسائل لا يثيرها التحكيم الوطني ، منها مدى قدرة الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الاجراءات ، او على موضوع التنازع ، ففي التحكيم الوطني لا يمتلك الاطراف اختيار قانون اخر على اجراءات النزاع او على موضوعه . بخلاف قانون الدولة التي ينتمي اليها العقد بعناصره المختلفة[1] . اما في التحكيم التجاري الدولي فيقوم اصلا على مبدأ قدرة الافراد في الاختيار الذي يمنح الاطراف مكنة اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ، فضلا عن قدرتهم على اختيار القانون الواجب التطبيق على الموضوع[2] .

ومن جهة ثالثة نلاحظ انه اذا كانت اسباب وحيثيات قرار التحكيم هي من الامور الجوهرية في ظل القواعد القانونية الامرة في التشريعات الوطنية ، فان الامر يختلف في التحكيم التجاري الدولي ، فعدم تسبيب القرارات الصادرة من المحكم في التحكيم التجاري الدولي لا يشكل عائقا امام تنفيذها ، ولا يعد مخالفا للنظام العام الدولي[3] .

فضلا عن ذلك فان بعض النظم القانونية تفسح المجال واسعا للطعن بالاستئناف على حكم التحكيم في التحكيم الوطني[4] . في حين ان التحكيم التجاري الدولي لا يقبل مثل هذا الطعن كأصل عام[5] ، باستثناء حالات البطلان[6] .

نشير الى المادة 1482 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد ، والمتعلقة بالتحكيم الوطني ، عندما قضت (بان حكم التحكيم يقبل الاستئناف ما لم يتفق الاطراف في اتفاق التحكيم على عدم جواز استئنافه) ، هذا الحكم اكدته المادة 799 من قانون اصول المحاكمات المدنية الجديد في لبنان .

د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد العال - المصدر السابق ، ص102 .

في تفصيل حالات البطلان ، د. عزمي عبد الفتاح - دعوى بطلان حكم التحكيم في قانون التحكيم المصري الجديد رقم 57 لسنة 1994 ، مجلة التحكيم والقانون ، المجلد الثاني ، مركز عادل خير للقانون والتحكيم ، القاهرة ، 1997 ، ص83 وما بعدها .

واذا كان الاصل العام في التحكيم الوطني ان المحكم ملزم باتباع القواعد الاجرائية في قانون المرافعات شأنه في ذلك شأن القاضي الوطني ، الا ان بعض القوانين سمحت لاطراف العقد اختيار بعض القواعد الاجرائية في التحكيم الوطني ، او تركت للمحكم ذاته تحديد هذه القواعد ، من ذلك على سبيل المثال المادة 1460 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر في 12 مايو 1981 . هذه المادة حلت محل المادة 1009 من قانون المرافعات القديم ، والتي كانت تقر بان الاطراف والمحكم يخضعون لذات القواعد الاجرائية ، التي تتبع امام المحاكم . . .

- في عرض ذلك د. سلامة فارس عرب - المصدر السابق ، ص564 .

د. احمد حسان الغندور - المصدر السابق ، ص53 .

د. ابو زيد رضوان - المصدر السابق ، ص50-51 .

وتبدو اهمية هذا التمييز عند معرض تنفيذ احكام التحكيم او الاعتراف بها ، ففي التحكيم الوطني يخضع موضوع تنفيذ احكام التحكيم الوطني للقواعد الواردة في القانون الوطني لكل دولة ، اما في الاعتراف باحكام التحكيم التجاري الدولي وتنفيذها فيخضع للاحكام الواردة في اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين لسنة 1958 وذلك بالنسبة للدول الاطراف في الاتفاقية[1] .

واذا كانت تلك اهم جوانب التمييز بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي ، الا ان هذا التمييز لا يكفي في حد ذاته ما لم يوجد معيار او عدة معايير نحدد من خلالها متى نكون بصدد تحكيم وطني ومتى نكون امام تحكيم دولي . وسنرجيء تناول معايير دولية التحكيم حتى يأتي مقامها في المطلب الثاني من هذا المبحث .

الفرع الثاني

التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح

يقصد بالتحكيم بالقانون[2] ، ان المحكم يفصل في النزاع متقيدا بالقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق ، فيمارس المحكم سلطة القاضي في تنفيذ احكام القانون على النزاع ، ويلتزم بالحدود المرسومة لهذه السلطة ، وتكون مهمة المحكمة في معرفة مدى صحة الادعاءات المتقابلة من خلال التعرف على وقائع النزاع وانزال حكم القانون عليها ، وبصرف النظر عن تقديره لمدى عدالة النتائج التي توصل اليها[3] .اما في التحكيم بالصلح[4] ، فيقوم المحكم بناءا على تفويض الخصوم بالفصل في النزاع وفقا لما يراه محققا للعدالة وصولا الى حكم يحفظ التوازن بين مصالحها ، حتى لو كان هذا الحكم مخالفا للقانون الذي يحكم وقائع النزاع فيما لو عرض هذا النزاع على

د. سلامة فارس عرب - المصدر السابق ، ص569 .

- وفي تفصيل نطاق هذه الاتفاقية ، د. فوزي محمد سامي - امصدر السابق ، ص38 وما بعدها .

ويطلق عليه البعض التحكيم بالقضاء تعبيرا عن حقيقة الدور الذي يؤديه المحكم وهو دور القاضي .

ـ في تفصيل ذلك . د. احمد ابو الوفا - المصدر السابق ، ص188 .

د. مصطفى محمد الجمال ، دعكاشة محمد عبد العال - المصدر السابق ، ص108 .

ويطلق عليه البعض (التحكيم الطليق) ، د. احمد حسان الغندور - المصدر السابق ، ص44 .

ـ ويسميه البعض بالتحكيم الودي ، د. ابو زيد رضوان - المصدر السابق ، ص176 .

القضاء الوطني ، او في الحالة التي سيحسم على اساسها النزاع لو لم يمنحه الخصوم هذه الصفة (كمفوض بالصلح) وحدد له قانونا وطنيا يلتزم بان يحسم النزاع على اساسه . وفي هذه الحالة يقوم المحكم بتحقيق وقائع النزاع في ضوء ادلة الاثبات التي تقدم بها الطرفان لمعرفة حكم القانون فيها غير ان للمحكم تنحية هذا القانون جانبا اذا اتضح له ان تطبيق هذا القانون يؤدي الى نتائج مجافية للعدالة ، بالنظر الى خصوصية النزاع الذي ينظره . ويكون حكمه ملزما للطرفين ، اذا لم يملك اي منهما التنصل منه بحجة مخالفته للقانون[1] .

ومع ذلك فان سلطة المحكم المفوض بالصلح ليست مطلقة من كل قيد ، فاذا كان للمحكم ان يستبعد بعضا من القواعد التي تتضمنها القوانين ذات الصلة بالنزاع ، الا ان الثابت ان هناك قواعد ان هناك قواعد قانونية لا يجوز للمحكم ان يستبعد تطبيقها ، وبصورة خاصة القواعد المتعلقة بالنظام العام[2] ، اذ يؤكد البعض انه يتعين على المحكم المفوض بالصلح ان يراعي قواعد النظام العام الداخلي في القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في فرض عدم منح المحكم هذه الصفة .

واتجاه ثاني يرى ان على المحكم الالتزام بكل القواعد المتعلقة بالنظام العام في كل القوانين التي هي على صلة بالنزاع ، واتجاه ثالث يرى التزام المحكم بالنظام العام الدولي . في حين يرى اتجاه رابع ، انه يجب على المحكم الالتزام بقواعد النظام العام في قانون الدولة التي يحتمل ان يطالب من محاكمها الاعتراف بحكم التحكيم او الامر بتنفيذه[3] .

وبالنظر لهذه الاراء ، نعتقد انه لا يمكن قبول الاتجاه الاول ، كون اطراف النزاع لم يحددوا قانونا معينا يحكم النزاع ، فضلا عن ان المحكم لا يمكنه الوصول الى مثل هذا

الجدير بالذكر ان العديد من التشريعات الوطنية والدولية اقرت التحكيم بالصلح ، نشير على سبيل المثال . المادة 4/39 من قانون التحكيم المصري الجديد ، المادة 258 من قانون المرافعات العراقي ، والمادة 459 من القانون المدني الجزائري ، والمادة 1497 من قانون التحكيم الفرنسي ، ومن التشريعات الدولية نذكر المادة 7 من الاتفاقية الاوربية للتحكيم لسنة 1961 ، والمادة 42 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 ، والمادة 13 / 4 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس والمادة 28 / 3 من القانون النموذجي للتحكيم لسنة 1985 ، والمادة 12 / 2 من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري (اتفاقية عمان) لسنة 1987 .

- في تفصيل ذلك د. فوزي محمد سامي - المصدر السابق ، ص50 وما بعدها .

د. سلامة فارس عرب - المصدر السابق ، ص469 وما بعدها .

في عرض هذه الاتجاهات ، د. سلامة فارس عرب - المصدر نفسه ، ص732 وما يعدها .

التحديد . وان وصل اليه فتكون بصدد التحكيم بالقانون وليس التحكيم بالصلح ، ومن ثم كيف نطالب المحكم الالتزام بمقتضيات النظام العام في قانون ليس له وجود اصلا .
كما لا نجاري الاتجاه الثاني ، لان معيار الصلة الوثيقة يعد معيارا فضفاضا وغير محدد ، لان مهمة المحكم في تحديد مقتضيات النظام العام ستكون في غاية الصعوبة ، اذ يتطلب منه البحث في كافة قوانين الدول التي يرتبط معها العقد بصلة ما ، وتقييمها لغرض الوصول الى اي منها اكثر صلة بالعقد ، ومن ثم اعمال مقتضيات النظام العام في هذا القانون. كما ان الاتجاه الثالث لم يسلم من النقد ، ولا يمكننا الانضمام اليه او مساندته ، فالقواعد المتعلقة بالنظام العام الدولي غير محددة المضمون ويستعصي معها رسم نطاق تطبيقها ، بل ان بعض الشراح يرى ان (القواعد المتعلقة بالنظام العام الدولي لا تعدو أن تكون من الناحية الواقعية سوى المباديء العامة للقانون ، لانه يندر ان نجد اجماعا شاملا في كل الانظمة القانونية حول قواعد بعينها تشكل قاسما مشتركا في كل الانظمة القانونية ، ولم نجد سوى اقلية من احكام التحكيم تعرضت بشكل مباشر للنظام العام الدولي[1] .
لذا نعتقد بصحة الرأي الذي يلقي على عاتق المحكم بالصلح احترام قواعد النظام العام في الدولة التي يتطلب من محاكمها تذييل حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية او الاعتراف به . وسندنا في ذلك ان حكم التحكيم الذي لم يراعي مقتضيات النظام العام في دولة التنفيذ سيكون هو والعدم سواء ، بحسبان ان تنفيذ هذا الحكم او الاعتراف به لا قيمة له اذا لم يذيل بالصيغة التنفيذية او اذا لم يتم الاعتراف به .
وكل ذلك مرهون بمدى اخذه

وعلى الرغم من ذلك قننت بعض التشريعات عكس الاتجاه الذي نرجحه منها على سبيل المثال المادة 1502 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد . بقولها (لا يقبل حكم الاستئناف) هذا الحكم الذي يمنح الصيغة التنفيذية او الذي يعترف به الا في الاحوال الاتية (اذا كان الاعتراف بحكم التحكيم او الامر بتنفيذه يتعارض مع النظام العام الدولي) وكذلك المادة 81 من قانون التحكيم الفرنسي لسنة 1993 عندما نص بانه لا يجوز الاعتراف باي حكم تحكيم او رفض تنفيذه بقطع النظر عن البلد الذي صدر فيه الا . . . ثانيا : اذا رأت المحكمة ان الاعتراف بحكم التحكيم او تنفيذه يخالف النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص) .
- د. اشرف عبد العليم الرفاعي - النظام العام والتحكيم في المعاملات الدولية الخاصة ، رسالة دكتوراه ،
كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، مصر 1997 ، ص23وما بعدها .

بالنظر لمقتضيات النظام العام فيها[1] .

ويشترط لصحة حكم المحكم بالصلح ، وحتى يكون هذا الحكم واجب التنفيذ ان يكون هناك اتفاق صريح ومؤكد على تخويل المحكم صلاحية انهاء النزاع دون التقيد باحكام القانون[2] . ومع ذلك ذهب جانب من الشراح الى ان التحكيم بالصلح ، كما يجوز ان يكون صريحا ، يجوز ان يكون ضمنيا ، ويكون كذلك اذا سكت الاطراف عن اختيار قانون معين لحكم جوانب العقد المختلفة[3] .

نخلص من ذلك ان التحكيم بالقانون هو الاصل ، وان التحكيم بالصلح استثناء من هذا الاصل ، يجد ما يسوغه في تراضي الخصوم عليه ، ومن ثم يجب ان يكون التعبير عن ارادتهم في اللجوء اليه صريحا وقاطعا .

الفرع الثالث

التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي

التحكيم الخاص (التحكيم الحر) ، هو التحكيم الذي يعهد به الى محكم او محكمين يختارون من قبل الخصوم ، بمناسبة نزاع معين ، كما يتولى الخصوم في ذات الوقت تحديد القواعد الاجرائية والموضوعية التي يتعين تطبيقها على النزاع ، بحيث يكون المحكم او المحكمون بالفصل في النزاع وفقا لما حدده الخصوم من قواعد[4] .

هذا ما أكده قانون المرافعات المدنية العراقي وفقا لنص المادة 273 بقولها (يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة ان يتمسكوا ببطلانه ، وللمحكمة من تلقاء نفسها ان تبطله في الاحوال الاتية . . . 2- اذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام او الاداب او قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في هذا القانون .

- وفي نفس الاتجاه ذهب د. سلامة فارس عرب - المصدر السابق ، ص733 .

وهذا ما يتطلبه قانون المرافعات الفرنسي في المادة 1497 ، وكذلك المادة 39 / 4 من قانون التحكيم المصري الجديد وايضا المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم .

د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال - المصدر السابق ، ص124 .

د. احمد ابو الوفا - المصدر السابق ، ص185 .

وفقا لهذا الرأي ، فإن التفرقة بين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح تكاد تنعدم وذلك في حالة عدم اختيار الاطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد موضوع التحكيم .

- في تفصيل ذلك ، د. سلامة فارس عرب - المصدر السابق ، ص730 .

د. عز الدين عبد ا - تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص ، مجلة مصر المعاصرة ، السنة 69 ، العدد 371 ، يناير 1978 ، ص12 .

ـ د. ابو زيد رضوان - المصدر السابق ، ص21 . د. فوزي محمد سامي - المصدر السابق ، ص138 .

اما التحكيم المؤسسي (التحكيم المنظم) ، فهو ذلك الذي يتولاه هيئات او مراكز دولية او وطنية متخصصة وفق قواعد واجراءات موضوعة سلفا ، الاتفاقيات الدولية او
القرارات المنشأة لهذه الهيئات او المراكز . وتظهر اهمية التمييز بين كلا نوعي التحكيم بالنظر الى السمات الخاصة التي يتميز بها اي منهما عن الاخر . فتمييز التحكيم الخاص بكونه يجري لمرة واحدة وبمناسبة نزاع معين . اذ لا يختار الخصوم هيئة او مركزا وطنيا او دوليا للتحكيم ، وانما يتم تعيين المحكم او المحكمين بارادتهم الحرة . كما يحدد الخصوم القواعد الاجرائية[1] ، والموضوعية[2] ، بصورة مباشرة او بالاحالة الى المصادر التي تستقي منها ، كما يحدد الخصوم المكان الذي يجري فيه التحكيم .

ويتميز التحكيم الخاص بكونه يكفل السرية المطلوبة في بعض العقود الدولية التي تكثر فيها المنافسة ، لذا يفضل اطراف هذه العقود الالتجاء الى التحكيم الخاص حفاظا على اسرار مهنية او صناعية . ففي بعض العقود المركبة على سبيل المثال ، انشاء مصنع للوقود النووي او انشاء محطة ارضية للاقمار الصناعية او انشاء مستشفى تعليمي وغيرها من العقود التي تحتوي على اسرار صناعية هامة يحرص اطراف هذه العقود على ابقائها سرا[3] ، وهذا ما يقره التحكيم الخاص ، بحسبان ان اطراف هذه العقود عادة ما يختارون المحكم او المحكمين من الاشخاص المعروفين بكفائتهم وحيادهم وامانتهم .

وعلى الرغم من تلك المزايا التي يكشف عنها نظام التحكيم الخاص ، الا ان اهم ما يؤخذ على هذا النظام من العيوب انه يمنع اطراف النزاع حرية اختيار القواعد الاجرائية الواجبة التطبيق على النزاع ، فالتطبيق العملي يكشف انه ليس بمقدور الاطراف دائما تنظيم جميع المسائل الاجرائية المطلوبة لنظر الدعوى او السير فيها ، بل ان بعض القواعد الاجرائية المختارة قد تتعارض مع بعض القواعد الاجرائية الامرة او مع القواعد التي تمس النظام العام في الدولة يطلب منها تنفيذ حكم التحكيم او الاعتراف به ، والذي قد يعود الى

منها اجراءات نظر الدعوى ، ومواعيد تقديم طلبات الدفوع ، وطريقة سماع الشهود والخبراء ، وايقاف الدعوى واستئناف السير فيها ، وانهاء المرافعة ، والمحكمين ، ولغة التحكيم وتسبيب قرار التحكيم او عدم تسبيبه وشكل حكم التحكيم وتفسيره ومصروفات التحكيم ، وطلب الطعن في قرار التحكيم .

تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع سواءا كان قانونا وطنيا ام قواعد موضوعية موحدة .

د. احمد حسان الغندور - المصدر السابق ، ص460 .

عدم صحة اتفاق التحكيم ذاته[1] .

وعلى الرغم من ان التحكيم الخاص قد سبق في الظهور من التحكيم المؤسسي ، الا ان جانبا من الفقه يرى ان التحكيم الخاص قد افل نجمه ، واصبح التحكيم المؤسسي هو الغالب في منازعات التجارة الدولية[2] ، ومرد ذلك الى المزايا العديدة التي يحققها هذا النوع من التحكيم لاطرافه ، لعل اهمها ان هيئات ومراكز التحكيم توصف بالتخصص ، بحسبان ان التحكيم هو وظيفتها ، كما توصف بالدوام لانها لا تقف عند عميلة التحكيم بعينها[3] ، علاوة على ان لديها قوائم باسماء المتخصصين في مختلف انواع المنازعات ، يستطيع الخصوم اختيار محكميهم منها ، وهذا ما يجنبهم مشقة البحث عن المحكم المناسب، كما ان لديها لوائح معدة للاجراءات ، تتسم هذه الاجراءات بالبساطة والسرعة ، وهذا ما يجنب الخصوم مغبة الاتفاق على الاجراءات الواجب اتباعها امام المحكم ، فضلا عن ذلك فانها تجري التحكيم غالبا في مقرها ، وهذا من شأنه ان يجنب الخصوم الخلاف حول مكان التحكيم . ولا يخفى ما قد يكون للمكان المختار من اثر في سير التحكيم ، بحسبان ان قضاء البلد الذي يجري فيه التحكيم يكون مختصا بالفصل بالعوارض التي قد تقابل مسيرته او بالطعن على حكم التحكيم[4] ، زيادة على ذلك فان هيئات ومراكز التحكيم تقدم الخدمات لاطراف الخصومة والتي قد تتطلبها عملية التحكيم ، كاعمال السكرتارية والترجمة وحفظ الملفات والمستندات والمكان المناسب لعقد الجلسات وتقديم ما يحتاجونه من وثائق ومعلومات متعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النزاع[5] .

غير ان ذلك لا ينفي ما قد يكون لنظام التحكيم المؤسسي من مثالب لعل اهمها ، عدم معرفة الخصوم بالمحكم معرفة كافية تحقق لهم الثقة في صدقه وامانته ، فضلا عن

في عرض ذلك د. احمد ناجي الصلاحي - تحديد نظام التحكيم التجاري الدولي وبيان اساسه ، مجلة التحكيم ، العدد الثاني عشر ، وزارة التموين والتجارة ، صنعاء ، سبتمبر 1997 ، ص61 .

د. ابو زيد رضوان - المصدر السابق ، ص22 .

د. عز الدين عبد ا   - تنازع القوانين في مسائل التحكيم ، المصدر السابق ، ص83 .

د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال - المصدر السابق ، ص128 .

د. ابو زيد رضوان - المصدر السابق ، ص21 .

ـ د. احمد حسان الغندور - المصدر السابق ، ص52 .

ذلك فان هيئات ومراكز التحكيم الدولية قد نشأت في كنف الدول الصناعية المتقدمة وكثيرا ما تنمو نظمها ولوائحها الى رعاية مصالح هذه الدول ورعاياها على حساب الدول النامية ورعاياها .

المطلب الرابع

مزايـــــا التـــحكيم

مما لاشك فيه ان التحكيم اصبح من مظاهر العصر ، لاهميته الكبيرة في المعاملات التجارية عموما ، وبصفة خاصة المعاملات التجارية الدولية ، فعلى الرغم من ان التحكيم كقضاء الدولة طريق لفض المنازعات بقرار ملزم لاطرافها ، فان الاعتبارات العملية تدعو دائما الى الاتفاق على التحكيم ، لطرح المنازعات على اشخاص محل ثقة الخصوم ، بدلا من طرحها على القضاء العادي ، اما للافادة من خبرتهم الفنية ، واما لتجنب مشاكل التنازع الدولي للقوانين ، واما لتجنب علانية جلسات القضاء .

وتطور التحكيم التجاري واتساع مجاله هو بمثابة رد فعل مضاد للتمسك بنصوص القانون ويعبر عن رغبة اطراف النزاع في التخلص منه كي تحل طبقا لمباديء اكثر رحابة من تلك التي يتضمنها القانون الوطني[1] .

والواقع ان التحكيم في مجال التجارة الدولية ، مزايا عديدة تفسر شدة الاقبال عليه ورجحان كفته على القضاء العادي . ويمكن ان نجمل هذه المزايا بالاتي :

أولاً : السرية :

من اهم المزايا التي يحققها التحكيم للخصوم في معاملات التجارة الدولية هو سرية الاجراءات ، صحيح ان العلانية تحيط القضاء العادي تعتبر من ضمانات العدالة ، الا انها تنقلب وبالا على التجارة اذا كان من شأنها اذاعة اسرار صناعة او معارف فنية او اتفاقات خاصة يحرصون على بقائها سرا ، بل ان بعض التجار يفضل خسارة دعواه على كشف اسرار تجارية تمثل في نظره قيمة اعلى من قيمة الحق الذي يخاصم من اجله في الدعوى[2].

د. احمد ابو الوفا - المصدر السابق ، ص19 .

د. محسن شفيق - التحكيم التجاري الدولي ، مجموعة محاضرات مطبوعة على الالة الكاتبة ، جامعة القاهرة ، 1974 ، ص5 .

والواقع ان طابع السرية في احكام التحكيم التجاري الدولي وبشكل خاص في مواضيع العقود الدولية مثل عقود الترخيص الدولية وعقود الاقراض وبيع النفط والمواد الاولية لمشتري في عقود بين اطراف تقتضي مصالحهم عدم الاعلان عنها ، هو الذي يفسر قدرة الاحكام الصادرة والمنشورة ، الامر الذي يعوض الجانب العملي للدراسات العملية في التحكيم . غير ان ذلك لا يعادل في نظر التجار ما قد يترتب على التخلي عن السرية من اضرار عملية بالغة[1] .

ثانياً : سرعة اجراءات التحكيم :

انما يعيب القضاء العادي هو بطء الاجراءات وهو امر لا يستجيب لمتطلبات التعامل التجاري الدولي ، ولذلك فان تسوية المنازعات عن طريق التحكيم يحقق لاطراف النزاع السرعة والبساطة في الاجراءات وهي سمات تتميز بها التجارة الدولية[2] .ومع ذلك لابد من الاشارة هنا الى ان التحكيم قد يكون معقدا او مرهقا وقد يستمر لفترات طويلة خصوصا اذا تعلق الامر بما يسمى بتحكيم الحالات الخاصة او التحكيم الحر ، حيث قد يحاول احد اطراف النزاع اطالة اجراءات التحكيم دون مبرر كسبا للوقت ، ولذلك فقد حاولت بعض مؤسسات التحكيم التجاري الدولي تفادي التأخر بوضع مدد معينة يتوجب صدور الحكم فيها ، مثال ذلك ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة 18 من قواعد محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية بباريس . من وجوب صدور الحكم خلال ستة اشهر من تاريخ توقيع الوثائق المنصوص عليها في المادة 13 .

ثالثاً : كفاءة التحكيم في التحكيم الخاص :

ان القاضي قد يكون بارعا في مجال اختصاصه ، ولكنه في اغلب الاحيان يكون قليل الخبرة بشؤون التجارة الدولية ، وفي هذه الحالة قد يتعذر عليه الفصل في المنازعات المتعلقة بها ، الا بالاستعانة بخبير يعينه في كشف ما كان غامضا عليه من جوانب النزاع . فاذا تطلب الامر تعيين خبير واضاعة الوقت في انتظار تقريره وتحمل نفقات ذلك ، فانه بلا

د. حمزة حداد - القانون التجاري الدولي ، الدار المتحدة للنشر ، بيروت ، 1980 ، ص25 .

د. ثروت حبيب - المصدر السابق ، ص35 .

شك يكون من الاجدى من اطراف النزاع اللجوء الى الخبير مباشرة وتنصيبه محكما ليفصل في النزاع في وقت أقصر وبنفقات اقل .

رابعاً : حياد التحكيم :

من مزايا التحكيم عدم خضوعه لاي جهة رسمية ولاي قانون غير الذي يختاره اطراف النزاع ، وهذا بعكس القضاة في المحاكم حيث يلتزم هؤلاء مراعاة نصوص القانون لان احكامه المخالفة لنص القانون تكون بعيدة وواجبة النقض حتى وان كانت تناسب ظروف الدعوى لمصلحة الخصوم . فمثلا في العقود الاستثمارية الدولية غالبا وعقود الترخيص الدولية خصوصا ، ترتبط دولة نامية بمستثمر اجنبي لا يثق عادة في قضاء الدولة المتعاقدة ، وفي قوانينها اذ من السهل على القاضي ان يتأثر بالدوافع الوطنية التي قد تخالف مصالح المستثمر هذا بالاضافة الى ان القوانين في الدول النامية نادرا ما تتسم بالاستقرار[1] .

خامساً : حرية الاطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق :

ان المنازعات في مجال التجارة الدولية ، كثيرا ما تثير صعوبات قانونية لا توجد في شأنها حلولا مستقرة ، الامر الذي يشيع القلق في التعامل التجاري الدولي ، وفي مقدمة هذه الصعوبات تعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع والمحكمة المختصة في نظره . لكن هناك بعض الحالات القليلة التي توجد فيها اتفاقيات دولية تعين القانون الواجب التطبيق ، اضافة الى ذلك فان قواعد الاسناد في التشريعات الوطنية تتباين ، فيما بينها تباينا يتعذر معه على اطراف العلاقة القانونية الاطمئنان الى مصدر الحقوق النابعة عنها ، كما ان قواعد الاسناد تؤدي دائما الى تطبيق قانون وطني يكون غريبا على الخصوم او على احدهما ، وقد يكون هذا القانون الوطني صالحا للمعاملات الداخلية ، ولكنه في جميع الاحوال لا يناسب المعاملات الدولية لانه لم يعد له ، ولذلك فان التحكيم يكون هو الوسيلة التي تناسب الخصوم لانه يمكنهم من اختيار المحكم الصالح والقواعد المناسبة والمكان القريب[2] .

---

(1) د. جورج حزبون - النظام القانوني للتحكيم الاجنبي في القانون الداخلي ، مجلة الحقوق ، العدد الرابع ، السنة الحادية عشر ، كانون الاول 1987 ، ص5 .

(2) د. محسن شفيق - التحكيم التجاري الدولي ، المصدر السابق ، ص15 .

سادسا : قلة تكلفة التحكيم بالمقارنة مع القضاء :

يرى جانب من الفقه[1] ، ان من مميزات التحكيم قلة تكاليفه مقارنة بالقضاء الرسمي بدرجاته المختلفة بما يستتبعه من رسوم ومصاريف واتعاب محاماة . واعتقد انه في بعض الاحيان أن هذا الامر غير واقعي لانه في جميع الدول النامية التي تأخذ بالتحكيم الدولي مهما بلغت تكاليف القضاء فهي ارخص من تكاليف التحكيم ، غير انه قد يكون فرق الكلفة بين القضاء العادي والتحكيم لا يرقى باهتمام الاطراف مثل الاهتمام بكسب الوقت في الحصول على حقوقهم .

د. فوزي محمد سامي - المصدر السابق ، ص20 .

د. محسن شفيق - المصدر السابق ، ص16 .

د. ابو زيد رضوان - المصدر السابق ، ص25 .

المبحث الثاني

دور التحـــــــــــــكيم

في المنازعات الخاصة الدولية

لقد صادف التحكيم الدولي نجاحا كبيرا نتيجة لتزايد العلاقات الاقتصادية على الصعيد الدولي ، والرغبة في استمرار التعاون بين الاطراف المتعاقدة فضلا عن المميزات والمزايا التي يختص بها التحكيم والتي سبق الاشارة اليها . والتحكيم التجاري الدولي يندرج تحت احد قسمين ، الاول يتمثل بالتحكيم وفق القانون ، وهو الاتفاق الذي يبرمه طرفا العقد ، سواء كان شرطا في العقد الاصلي او باتفاق مستقل ويتضمن احالة النزاع الى التحكيم وفق القواعد الاجرائية والموضوعية لقانون معين .

اما القسم الثاني ، فيتمثل بالتحكيم وفقا للقواعد التي تضعها احدى هيئات التحكيم الدائمة . لذا سنتعرض اولا لبيان طبيعة التحكيم وفقا للحالات الخاصة **Ad-Hoc** ، ومن ثم نبين طبيعة واحكام التحكيم وفقا للوائح مركز وهيئات التحكيم الدائمة ، ونرى فيما بعد ما هو اثر القرار التحكيمي بالنسبة للطرفين وللغير ثالثا .

المطلب الاول

تحكيم الحـــالات الخـــــاصة

علا شأن هذا النوع من التحكيم ، في فترة سبقت تعاظم دور التحكيم وفقا لقواعد هيئات التحكيم الدائمة . ويعني تحكيم الحالات الخاصة ، اتفاق الطرفين على احالة النزاع بعينه الى التحكيم ، على نحو يختاران بموجبه المحكم والمحكمين ، ويحددان بدقة الطرق التي تسير عليها هيئة التحكيم اثناء رؤية النزاع[1] .

وعند اتباع التحكيم الخاص **Ad-Hoc Arbitration** كقاعدة عامة لا يلزم المحكم باتباع اجراءات معينة ، الا اذا اتفق الطرفان على اتباع قواعد اجرائية او قانون اجراءات معين ، وتنص بعض القوانين على وجوب اتباع المحكمين لقواعد الاجراءات الموجودة في قانون المرافعات ، ما لم ينص الاطراف صراحة على غير ذلك ، ويكون المحكم المفوض بالصلح غير مقيد بقواعد الاجراءات في المرافعات الا بالقدر الذي يتعلق بقواعد النظام

العام . وهذا ما نجده في نص المادة 265 من قانون المرافعات المدنية العراقي ، حيث جاء فيها مايلي :

يجب على المحكمين اتباع الاوضاع والاجراءات المقررة في قانون المرافعات الا اذا تضمن الاتفاق على التحكيم او اتفاق لاحق عليه اعفاء المحكمين منها صراحة او وضع اجراءات معينة يسير عليها المحكمون .

اذا كان المحكمون مفوضين بالصلح يعفون من التقيد باجراءات المرافعات وقواعد القانون الا ما تعلق منها بالنظام العام .

ومن اجل التعرف على ما يجري على صعيد التعامل الدولي في التحكيم الخاص بالمسائل التجارية ، نرى من المفيد ان نسير على هدى قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة القانون التجاري الدولي (الاونسترال) وهي تعالج اجراءات التحكيم الخاص[2] .

ومن مضمون النصوص التي وردت في القواعد المذكورة يمكننا تتبع خطوات اجراءات التحكيم الخاص في التحكيم التجاري الدولي وهي كالاتي :

د. محمود الكيلاني - المصدر السابق ، ص517 .

في عرض هذه الاجراءات ، د. فوزي محمد سامي - المصدر السابق ، ص262 .

على طالب التحكيم (المدعي) ، ان يرسل اخطارا الى المدعى عليه (المطلوب التحكيم ضده) وعند تسلم هذا الاخير للاخطار تعتبر اجراءات التحكيم قد بدأت . وهو يتضمن ما يلي :

الطلب باحالة النزاع الى التحكيم .

اسماء اطراف النزاع وعناوينهم .

الاشارة الى شرط التحكيم او اتفاق التحكيم الذي تم بين الطرفين .

الاشارة الى العقد الاصلي الذي نشأ عنه العقد .

نبذة عامة عن طبيعة النزاع والمبلغ الذي وقع عليه النزاع .

موضوع الطلب ، اي موضوع النزاع .

في حالة عدم الاتفاق المسبق بين الطرفين على عدد المحكمين ، بيان العدد الذي يقترح المدعي تعيينه ، ويجوز ان يتضمن اخطار التحكيم اقتراحا باسم شخص واحد ليكون المحكم الوحيد او اقتراح عدة اسماء يمكن اختيار المحكم من بينهم ، وان يتضمن الاخطار اقتراحا باسم مؤسسة واحدة او اسماء عدة مؤسسات ، او شخص واحد او اسماء عدة اشخاص ، يمكن اختيار سلطة التعيين من بينهم ، وذلك اذا لم يكن الطرفان قد سبق ان اتفقا على تسمية سلطة التعيين[1] .

اسم المحكم الذي اختاره المدعي في حالة الاتفاق المسبق على اجراء التحكيم من قبل ثلاثة محكمين ، في حالة موافقة الاخر (المدعى عليه) وتعيين المحكم الثاني من قبله ، او في حالة موافقته على المحكم الوحيد ، او في حالة موافقته على سلطة التعيين ، فهذا يعني ان المدعى عليه قد وافق على السير باجراءات التحكيم .اما في حالة امتناع المدعى عليه عن الرد او اعتراضه على اجراء التحكيم ، فيجوز للمدعي ان يطلب تعيين المحكم وفقا للمادة السادسة من قواعد الاونسترال ، اذا كان الطرفان قد اختارا تطبيق تلك القواعد على التحكيم[2] .

اذا كان احد طرفي النزاع جزائريا ولم يستطع تعيين محكمه ، فينوب عنه في ذلك رئيس المحكمة العليا في الجزائر او رئيس محكمة العدل الدولية .

راجع نص المادة (18) من قواعد الاونسترال .

فاذا كان المحكم وحيدا عليه ان يبدأ باجراء التحكيم ، اما اذا كان عدد المحكمين ثلاثة فعلى الاثنين الذين تم اختيارهما من قبل الطرفين ، الاجتماع لاختيار المحكم الثالث
(المحكم الرئيس) ، ويتم اختياره من قبل المحكمة في حالة عدم اتفاق المحكمين الاثنين ، وبموجب ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السابعة من قواعد الاونسترال عند تطبيق تلك القواعد . وبعد اكتمال عدد المحكمين ، فاول عمل يقوم به هؤلاء هو دراسة القضية وتنظيم ملف لها ، يتضمن معلومات كافية عن القضية المعروضة على المحكمين[1] .

وبعد ذلك يقوم المحكم الوحيد وهيئة التحكيم ، بالنظر في شرط التحكيم او في مشارطة التحكيم ، وفي امكانية حل النزاع بالتحكيم وفقا للمادة 21 من قواعد الاونسترال . وان هيئة التحكيم تنظر في اختصاصها ، اي في حالة الدفع بعدم اختصاصها ، بسبب عدم وجود اتفاق التحكيم او بطلان هذا الاتفاق ، فانها هي التي تقرر صحة الاتفاق ووجوده ، وبالتالي هل لها سلطة النظر في النزاع ام لا . . . p[2]

فاذا كان اتفاق التحكيم (الشرط والمشارطة) صحيحا عندئذٍ تتولى هيئة التحكيم مهمتها وتستمر في اجراءات التحكيم لحين اصدار الحكم . كذلك يجب ان يكون موضوع النزاع من الامور التي يجوز حلها بالتحكيم ، ونرى ان الهيئة عليها ان تتأكد من ذلك ، والا فان قرارها سوف لايجد له طريقا للتنفيذ . فاذا تبين ان اتفاق التحكيم غير موجود او كان باطلا او ان موضوع النزاع لا يمكن حله بالتحكيم ، فعند اذ تبلغ هيئة التحكيم ، المدعي بعدم امكانية اجراء التحكيم وتبين له اسباب ذلك .

اما بالنسبة للاجراءات المتبعة في ادارة جلسات المرافعات ، فقد بينت المادة 25 من قواعد الاونسترال هذه الاجراءات وتتلخص بالاتي[3] :

د. معاشو عمار - المصدر السابق ، ص326 .

د. نصيرة بو جمعة سعدي - المصدر السابق ص399 ، اما اذا عكسنا الحالة وتم عرض النزاع على القاضي الوطني وعند فحصه للعقد وجد هناك اتفاق تحكيم صحيح ، عليه ان يعلن عدم احتصاصه وذلك حسب المادة 452 مكرر 8 ق . أ . ج .

في عرض هذه الاجراءات ، د. فوزي محمد سامي - المصدر السابق ، ص264 .

تبلغ هيئة التحكيم الطرفين قبل جلسة المرافعة بوقت كافٍ ، بتاريخ انعقاد الجلسة وموعدها ومكانها واذا اراد احد الاطراف تقديم الشهود للادلاء بشهاداتهم في الجلسة المذكورة ، عليه يقوم بابلاغ هيئة التحكيم ، والطرف الاخر في النزاع قبل انعقاد جلسة اداء الشهادة بخمسة عشر يوما على الاقل ، باسماء الشهود الذين يعتزم تقديمهم وعناوينهم والمسائل التي سيدلون فيها بشهاداتهم واللغات التي يستخدمونها في اداء شهاداتهم . وتقوم هيئة التحكيم باتخاذ ما يلزم من ترتيبات لترجمة البيانات الشفوية التي تقدم في الجلسة .

وقد نصت المادة المذكورة في قواعد الاونسترال ، على ان جلسات المرافعات الشفوية وسماع الشهود مغلقة ، اي سرية ، الا اذا طلب الطرفان ان تكون الجلسات علنية ، ويجوز ان يتولى كل طرف من اطراف النزاع الادلاء باقواله بنفسه او ان يوكل عنه احد المحامين . وقد عالجت المادة 28 من قواعد الاونسترال ، حالة تخلف احد اطراف النزاع ، عن تقديم البيانات المطلوبة او عن حضور جلسات المرافعة .

فبالنسبة للمدعي اذا لم يقدم بيان الدعوى خلال المدة التي حددتها الهيئة ، دون عذر مقبول ففي هذه الحالة تنتهي اجراءات التحكيم وتغلق الموضوع وتصدر امرا بذلك . اما اذا تخلف المدعي عليه عن تقديم بيان دفاعه ، دون عذر مقبول خلال المدة التي حددتها له هيئة التحكيم او المحكم الوحيد ، ففي هذه الحالة تصدر امرا باستمرار اجراءات التحكيم رغم تخلف المدعى عليه .

اما عن انهاء المرافعة ، فتكون بعد انتهاء الطرفين من تقديم ما لديهم من ادعاءات ودفوع وادلة اثبات ، وللهيئة قبل اقفال باب المرافعة ، ان تستفسر من الطرفين عما اذا كان لديهما ادلة اخرى او شهود اخرين ، فاذا كان الجواب بالنفي ، عندئذٍ للهيئة اقفال باب المرافعات ولها اعادة فتح باب المرافعة ، اذا رأت ان هناك ظروفا تستدعي ذلك ، من خلال طلب احد الخصوم وبعد ذلك تختلي الهيئة التحكيمية للمداولة ، والتي ستكون سرية حيث لا يجوز اشراك اي شخص كالخبراء والمستشارين ، والا اصبح ذلك سببا في الطعن في قرار التحكيم ولا تكون هناك ضرورة في اجتماع الهيئة كاملة ، وذلك لصعوبته في مجال التحكيم الدولي ، فقد يعد الرئيس مشروعا لقرار التحكيم ويرسل نسخة منه الى كل محكم في البلد الذي يوجد فيه ويقوم كل منهم بابداء رأيه بالمراسلة الى ان يصل الامر الى الاتفاق على صيغة القرار من قبل اغلبية المحكمين او بالاجماع[1] ويصدر القرار التحكيمي كتابة لكي يتسنى ايداعه المحكمة المختصة لاضفاء الصفة التنفيذية عليه[2] .

هذه اجراءات التحكيم التي تتبع عادة في التحكيم الخاص **Ad-Hoc** منذ البدء لحين اقفال باب المرافعة واصدار الحكم . وقد عرضناها على سبيل المثال ، واستندنا فيها على ما جاء في قواع الاونسترال ، ولكن يجب ان لا ننسى ان الاجراءات المذكورة قد تختلف بعض الشيء من حالة الى اخرى ، وفيما اذا كان الطرفان قد اتفقا على تطبيق قواعد اجراءات معينة او ترك الموضوع للمحكمين ، وهذا ما هو متبع في التحكيم على الصعيد الدولي .

اما في التحكيم الداخلي فاغلبية القوانين الوطنية ، تنص على وجوب اتباع نفس الاجراءات المتبعة في المحاكم المدنية ، ما لم يتفق الطرفان خلاف ذلك , الا في حالة التفويض بالصلح فان المحكمين لا يتقيدون باجراءات معينة .

ويذهب بعض شراح قانون المرافعات العراقي ، الى القول ان القانون اجاز (صدور القرار بالاغلبية في حالة عدم الاتفاق ، كالاحكام وهذا لا يعني ان المحكمين لو كانوا ثلاثة وتغيب احدهم ، ان يكون لهم صلاحية اصدار القرار بل يلزم ان يحضر الجميع ويتداولوا وينقسمون بين موافق ومعارض ويصدر القرار بالاغلبية . فيلزم اذن اجتماع واشتراك جميع المحكمين في المداولة) .

ـ في عرض هذا الرأي د. آدم النداوي ـ المرافعات المدنية ، مطبعة جامعة بغداد ، العراق ، 1988 ، ص287 .

أنظر نص المادة 270 من قانون المرافعات المدنية العراقي . (يصدر قرار التحكيم كتابة . . .) .

المطلب الثاني

التحكيم وفقا للوائح مركز وزايئات التحكيم الدائمة

وفقا لهذا النوع من التحكيم ، الذي سماه الدكتور ابو زيد رضوان ، بانه تحكيم قضائي **Arbitrage Jurisdictionel**[1] . بمعنى ان الخصوم لا يحددون القواعد او القانون الذي يحكم اجراءات سير المنازعة امام هذه الهيئات بل على العكس ، فهم يذعنون لتلك القواعد المدونة لدى الهيئة التي وقع الاختيار عليها سواءا القواعد التي تبين كيفية تشكيل هيئة التحكيم او المواعيد المقررة او تلك التي تحكم سير اجراءات المنازعة او طريقة تقديم الادلة لحين صدور القرار .

واطراف عقد الترخيص الدولي وعقود نقل التكنولوجيا عموما ، يفضلون هذا النوع من التحكيم بعد ان تبين عدم ملائمة تحكيم الحالات الخاصة في عقودهم بسبب كثرة الاختلافات ، حول تعيين القواعد الواجبة الاتباع[2] .

وهيئات التحكيم الدائمة كثيرة وموزعة في ارجاء العالم ، ومنها ما هو متخصص في عمليات دولية معينة دون غيرها ، ومنها ما يختص بالتحكيم على نطاق واسع ، بما يعني انها ذات اختصاص عام . ومن بين التنظيمات المختصة ذات الطابع الفني والقانوني ، المعهد السويدي للتحكيم في استوكهولم ، والمركز الدولي لحل المنازعات المتعلقة بالاستثمارات في ما بين الدول ورعايا الدول الاخرى .

اما التنظيمات ذات الاختصاص العام ، فمنها محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية ومحكمة لندن للتحكيم . وهذه الهيئات منها ما هو دولي ، كمحكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس ، ومنها ما هو وطني او اقليمي ، مثل المركز الاقليمي بالقاهرة ، وتحكيم الغرف التجارية العربية الاوربية[3] . ولمعرفة كيفية سير اجراءات التحكيم في

أنظر د. ابو زيد رضوان - المصدر السابق ، ص104 ، الذي يقول بان التحكيم في الحالات الخاصة **Ad-Hoc** يسمى بالتحكيم التعاقدي **Arbitrage contractuel** .

أنظر د. محمود الكيلاني - المصدر السابق ، ص519 .

أنظر د. سامية راشد - التحكيم في المركز الاقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري ، منشأة المعارف ، 1986 ، ص160 .

التحكيم المنظم ، نأخذ على سبيل المثال قواعد الغرفة التجارية الدولية[1] . ونتبع خطوات الاجراءات ، وفقا لتلك القواعد المعدلة حديثا ، والتي اصبحت نافذة المفعول

منذ 1 / 1 / 1988 وتتلخص بالاتي :

تبدأ الاجراءات من خلال تقديم طلب كتابي من قبل الطرف المدعي (طالب التحكيم) سواءا اكان شخصا طبيعيا ام شخصا معنويا ، يتضمن هذا الطلب معلومات منها ، اسم وعنوان ومهنة كل طرف من اطراف النزاع ، مع بيان الاساس القانوني للنزاع وشرح لطلبات المدعي ، وجمع المعلومات الخاصة بعدد المحكمين وكيفية اختيارهم طبقا للمادة الثانية من قواعد الغرفة[2] . كذلك ترفق مع الطلب النسخ والوثائق الخاصة بالقضية منها العقد الاصلي واتفاق التحكيم .

وبعد ابلاغ المدعى عليه (المطلوب التحكيم ضده) ، من قبل سكرتارية محكمة التحكيم ، وتبادل المذكرات واللوائح والتي يجب ان تقدم بعدد الاطراف اضافة الى تخصيص نسخة منها للمحكم واخرى تودع لدى سكرتارية المحكمة . تبدأ عملية فحص الملف ، وقد عالجت هذه الحالة الفقرة الثالثة من المادة الثامنة من قواعد الغرفة ، حيث نصت اذا ادعى احد الاطراف عدم وجود اتفاق للتحكيم او عدم صحة ذلك الاتفاق فان محكمة التحكيم هي التي تقرر باديء ذي بدء وجود الاتفاق او عدمه ، فاذا تبين لها وجود اتفاق صحيح للتحكيم عندئذ تستمر اجرءات التحكيم ، دون المساس بقبول الدفوع او وسائل الاثبات ، وفي هذه الحالة عندما يتسلم المحكم ملف القضية ، يقرر بنفسه اذا كان محكما واحدا او تقرر هيئة التحكيم في حالة تعدد المحكمين مسألة اختصاصها لحسم النزاع .

وقد اكدت الفقرة الرابعة من المادة الثامنة من قواعد الغرفة على ذلك ، حيث نصت على انه فيما عدا الحالات التي يتفق فيها الطرفان على خلاف ذلك ، فان الادعاء الخاص ببطلان او عدم وجود العقد الاصلي بين الطرفين لا ينفي اختصاص المحكم ، اذا اقتنع

أنظر دليل التحكيم الذي أصدرته الغرفة المذكورة في عام 1983 .

نظمت المادة الثانية كيفية اختيار المحكمين فقد نصت في فقرتها الثانية بأن الخلافات يمكن أن تحسم بمحكم واحد او بواسطة ثلاثة محكمين ، وقد بينت الفقرات 3-13 كيفية اختيار المحكمين وكيفية ردهم وتبديلهم .

بصحة اتفاق التحكيم الموجود بين الطرفين . فالمحكم يبقى مختصا حتى في حالة عدم وجود او بطلان العقد الاصلي . ويستمر في النظر بطلبات الطرفين ، ليقرر كيفية حسم النزاع ، وهذا يؤكد الاتجاه القائل بمبدأ استقلالية شرط التحكيم[1] .

ومن الجدير بالذكر ان المشرع الجزائري ، فرض على القضاء في حالة وجود اتفاق تحكيم في موضوع النزاع المعروض امام المحاكم الوطنية ، ان يعلن عدم اختصاصه ، وذلك بموجب المادة 452 مكرر 8 من قانون الاجراءات المدنية .

ونحن نرى ان هذا المنع نسبي ، حيث ان هناك ضرورات توجب التعاون بين المحكم والقضاء الوطني المختص ، وذلك في عدة مجالات ، ناهيك عن الدور الذي يلعبه القضاء الوطني في اضفاء القوة التنفيذية للقرار التحكيمي النهائي .

اما بالنسبة للفرص التي يمكن للقضاء الوطني التدخل في القضية المعروضة امام المحكم ، والتي تجعل الاختصاص المانع للمحكم اختصاص نسبي هي كالاتي :

أولاً : يتدخل القاضي الوطني في تكوين المحكمة التحكيمية ، خصوصا في التحكيم الخاص حسب المادة 458 مكرر 2[2] .

ثانياً : يتدخل القاضي الوطني من اخذ التدابير التحفظية ، مثلا حجز البضائع التي هي محل النزاع او يعيين حارس لهذه البضائع ، هذه التدابير يجب التعاون مع الحارس الوطني ،

وضع القضاء الفرنسي عام 1963 ، حدا للجدل الذي كان قد ثار في الفقه حول استقلالية شرط التحكيم عند الاتفاق الخاص بالعقد الاصلي ، وذلك في قضية كوست (**Cosset**) حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية (الدائرة المدنية) في 7 / مايس / 1963 ، حكما يقر صراحة بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم في التحكيم الدولي عند العقد الاصلي ، وتوالت القرارت القضائية وأصبح مبدأ مسلم به في التحكيم الدولي ، كذلك في الولايات المتحدة الامريكية واوربا الغربية ونصت التشريعات المدنية التي عالجت أمور التحكيم الدولي على هذا المبدأ ومنها قانون المرافعات الفرنسي في المادة 1446 ، وكذلك المادة 6 / 2 من النظام التحكيمي للغرفة التجارية الدولية ، وأخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ في نص المادة 452 مكرر 3 / 1 ـ أشار الى موقف المشرع الفرنسي د. فوزي محمد سامي ـ المصدر السابق ، ص210ـ 211 .وقد نصت المادة 256 / 1 من قانون المرافعات المدنية العراقي في حالة كون الطرفان لم يحددا في اتفاق التحكيم ، شخص او جهة كسلطة تعيين ، تقوم المحكمة بتعيين المحكم وجاء في المادة 2 من الفقرة المذكورة أعلاه ، (قرار المحكمة بتعيين المحكم او المحكمين قطعيا وغير قابل لاي طعن ، اما قرارها برفض طلب تعيين المحكمة فيكون قابلا للتمييز) .

وهناك حالات اخرى في قانون المرافعات العراقي تقوم المحكمة فيها بناءا على طلب احد الاطراف بتعيين المحكم ، منها ما جاء في المادة 263 وكذلك امتناع المحكم او المحكمين عن العمل او عدم امكانية استمراره بالقيام بمهمته قانونا او فعلا .

حسب المادة 458 مكرر 9[1] .

ثالثا : يتدخل القاضي الوطني في مسائل الاثبات ، مثلا اخذ التدابيرالتي تقي الادلة من التلاف خصوصا بالنسبة لبضائع سهلة التلاف او عندما يأمر بالتقاط عينة من البضائع محل النزاع ، وهذا لا يمكن للقاضي ان يتدخل فيها لوحده الا بالتعاون مع المحكم ، حسب المادة 458 مكرر 11 .

وتستمر اجراءات التحكيم ، بعد دفع مصاريف التحكيم ، والمقصود بها ، مكافئات ونفقات المحكمين وكذلك النفقات الادارية للخدمات التي تقدمها محكمة التحكيم ، والنفقات الاضافية في حالة استدعاء الخبراء للاستماع الى ارائهم[2] ، بعد ذلك يسلم ملف القضية الى المحكم او هيئة التحكيم ، اذا كان عدد المحكمين ثلاثة ، وفقا للمادة 10 من قواعد الغرفة ، ويجتمعوا لتدارس الموضوع المعروض امامهم والنظر في اعتراضات احد الاطراف بوجود اتفاق التحكيم من عدمه كما بينا انفا والعمل على وضع محضر او وثيقة يحدد فيها مهمة (المحكم) ، ويذكر فيها ادعاءات وطلبات كل من المدعي والمدعى عليه وذلك وفقا للمادة 13 من قواعد الغرفة .

كذلك العمل على تحديد المكان الذي سيتم فيه التحكيم طبقا لقواعد الغرفة ، فاذا كان الطرفان قد اتفقا على ذلك بتحديد مكان معين ، فعلى المحكم اتباع ذلك ، اما اذا سكت الطرفان عن تحديد المكان ، فقد نصت المادة 12 من قواعد الغرفة التجارية ، ان محكمة التحكيم هي التي تعين المكان الذي يجري فيه التحكيم[3] .

وهذا ما أشارت اليه الفقرة الخامسة من المادة الثامنة من قواعد الغرفة التجارية الدولية ، حيث يجب في هذه الحالة ابلاغ سكرتارية محكم التحكيم بالاجراءات التي تم اتخاذها وهي بدورها تبلغها الى المحكم .

ـ اما المشرع العراقي فقد نظم هذه الحالات بالمواد من 231-250 من قانون المرافعات المدنية حيث يقدم طلب اتخاذ الاجراءات التحفظية من أحد الاطراف الى قاضي المحكمة المختصة حسب الاحوال ، كمحكمة مكان التحكيم او محكمة مكان المدعى عليه او مكان وجود الاموال المراد اتخاذ الاجراءات التحفظية بشأنها والقرار الذي يتخذه القاضي له صفة الاستعمال ، كالحجز الاحتياطي ، وذلك من أجل منع وقوع ضرر او ايقاف بعض الاعمال والتصرفات او منع التصرف بملك الغير بدون حق على ان لا يؤدي ذلك الى الخوض بأصل الحق وذلك حسب المادة 141 مرافعات عراقي .

أنظر ص45 من دليل التحكيم الذي أصدرته الغرفة التجارية الدولية .

د. فوزي محمد سامي - المصدر السابق ، ص281 .

اما بالنسبة لاجراءات التحكيم ، فعلى المحكم ان يتبع في سير عملية التحكيم على ما نصت عليه قواعد التحكيم للغرفة ، وهذا ما قررته المادة 11 من القواعد المذكورة ، وفي حالة سكوت تلك القواعد عن معالجة بعض المسائل الاجرائية عندها يصار الى القواعد التي اتفق عليها الطرفان وفي حالة عدم وجود اتفاق فان المحكم هو الذي يحدد القواعد الاجرائية برجوعه الى قواعد احدى الدول او قد لا يتبع قواعد قانون معين ، وفي الغالب يتبع المحكم في اجراءاته القواعد المتبعة في قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم[1] .

وبعد تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وتحديد اللغة التي يجري بها التحكيم (15 من قواعد الغرفة) ، والتي تعطي الحق للمحكم بتحديد اللغة ، ولا يرجع في ذلك الى ارادة الاطراف الا اذا وجد اتفاق مسبق على تحديد لغة معينة في التحكيم ، ففي هذه الحالة على المحكم اتباع ما جاء في الاتفاق .

اما في ما يتعلق باحكام الرد ، انه بامكان احد الخصوم ان يطلب رد المحكم او عزله حسب الفقرة الثامنة من المادة الثانية من قواعد الغرفة التجارية الدولية (حيث نصت ان طلب الرد المستند على الادعاء بعدم توافر الحيدة او لاي سبب اخر يكون تقديم الطلب المذكور بارساله الى الامانة العامة للمحكمة - محكمة التحكيم - ببيان مكتوب يتضمن على الوقائع والظروف التي يستند عليها الطلب) . ويجب ان يقدم الطلب خلال ثلاثين يوما من ابلاغ الطرف صاحب الطلب بتعيين المحكم او بعد علمه بالاسباب والظروف التي ادت الى

وجه انتقاد الى هذا الاتجاه ، حيث قد يكون مكان التحكيم عرضي وتختاره الاطراف دون تفكير معمق بعواقبه ، ثم أنه في غالب الاحيان ، لا علاقة له موضوعيا بالنزاع ، لذا يعتبر تعيين مكان التحكيم ، هو مجرد اشارة لتركيز العقد ، عندما لم يتفق الاطراف على قانون يحكم إجراءات التحكيم ، او في حالة سكوتهم عن ذلك ، لذا تقلص دور هذا المكان ، كمعيار لتعيين قانون الاجراءات المطبق على النزاع ، بل ذهبت قواعد الغرفة التجارية الدولية حديثا اي 1998 الى الغاء اي دور لهذا المكان في تعيين القانون الواجب التطبيق على الاجراءات ، بل خولت المحكم صلاحية تعيين ذلك القانون نيابة عن الطرف الذي لم يختر بإرادته هذا القانون ، وكذلك سار المشرع الجزائري على هذا المنوال ، حسب نص المادة 458 مكرر 6 من قانون الاجراءات الجزائرية .

- أنظر محاضرات د. بسعي توفيق - التحكيم في عقود التجارة الدولية محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا ، كلية القانون ، جامعة الجزائر ، عام 1999 ، غير منشورة ، ص14 .

تقديم الطلب المذكور[1] .

وبعد استنفاذ كافة الاجراءات وغلق باب المرافعة ، والنتيجة التي تم التوصل اليها ، والتي تكون اساسا لحل النزاع ، يطلق عليهاتسمية القرار ، فلابد من صياغة تلك النتيجة في وثيقة من قبل المحكم او المحكمين فاذا كان المحكم وحيدا يصدر قراره بعد الانتهاء من تقديم الوثائق والمذكرات من الطرفين المتنازعين ، وبعد استنفاذ كافة الفرص من قبلهما لابداء طلباتهما ودفوعهما ، ولابد للمحكم الوحيد ان يرجع الى تلك الوثائق واقوال الطرفين ، وبعد دراسة وتأمل للموضوع من كافة جوانبه واستنادا للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، وطبقا لاجراءات التحكيم التي تطبق على التحكيم ، يصدر المحكم قرار التحكيم[2] .

اما اذا كان التحكيم يجري من قبل عدة محكمين (هيئة التحكيم) ، ففي هذه الحالة لابد من اجراء مداولة ، والتي اشرنا اليها في الفرع السابق ، عند بحثنا التحكيم الخاص **Ad-Hoc** فنحيل الامر الى ذلك الفرع دفعا للتكرار ، كون قواعد الاونسترال وقواعد غرفة التجارة الدولية في مجال التحكيم وكيفية اصدار القرار التحكيمي من قبل الهيئة التحكيمية تكاد تكون نفس الاحكام .

ومن الجدير بالذكر ان نصوص قانون المرافعات الفرنسي المعدل عام 1981 لا تلزم المحكم في التحكيم الذي يتصل بالتجارة الدولية ، ان يسبب قرار التحكيم ، الا اذا كان الطرفان قد طلبا التسبيب وان قانون او قواعد الاجراءات التي اتبعها المحكم تقتضي ذلك ، وهذا الحكم يخالف قواعد الغرفة التجارية الدولية للتحكيم ، والتي اوجبت على المحكم او الهيئة التحكيمية ، ان تؤسس القرار ، وذلك حسب نص المادة 25 / 2 من نظام الغرفة[3] .

نصت المادة 458 مكرر 5 من قانون الاجراءات الجزائرية ، على انه باستطاعة الاطراف ان ترفض المحكم وان شكت في استقلاليته نحو طرف ما ، او عندما لا تتوفر فيه شروط الكفاءة التقنية المطلوبة ، شريطة ان يكون الطرف الاخر على علم بسبب الرفض بعد تعيين هذا المحكم المطلوب رده او عزله .

د. فوزي محمد سامي - المصدر السابق ، ص311 .

د. بسعي توفيق - المصدر السابق ، ص15 .

المطلب الثالث
أثـــــر القرار التحكيمي

سبق ان بينا ان ارادة الطرفين هي الاساس في التحكيم ، اي ان رغبة الطرفين في ايجاد حل لنزاعهما خارج القضاء ، هي التي جعلتهما يتفقان على حسم النزاع بالتحكيم , وبعد صدور القرار التحكيمي يكون النزاع بالتحكيم قد وجد حلا له في تنفيذ القرار المذكور . واثر القرار التحكيمي بين الخصوم هو كأثر التحكيم القضائي ، وعلى هذا الاساس ، فان اول اثر للقرار هو التزام الطرفين بتنفيذه[1] .

وتدل الاحصائيات ان الطرف المحكوم عليه ، يقوم في الغالب بتنفيذ قرار التحكيم بارادته ويقال ان 90 % من القرارات التحكيمية الصادرة طبقا لقواعد الغرفة التجارية ، تنفذ بشكل مباشر من الشخص الذي صدر قرار التحكيم ضده[2] .

ان اساس التنفيذ الارادي لقرار التحكيم يكمن اذن في اتفاق الطرفين على التحكيم ، وهذا ما اشارت اليه قواعد الغرفة التجارية الدولية في المادة 24 التي ذكرت ان الطرفين عندما اخضعا نزاعهما للتحكيم التزما بتنفيذ القرار الذي يصدر دون تأخير وبالتنازل عن طرق الطعن التي يجوز لهما التنازل عنها .

ويضاف الى التزام الطرفين بتنفيذ قرار التحكيم ان كلا الطرفين يجب ان يمتنعا عن عرض النزاع ثانية على القضاء او التحكيم ، حيث يكسب القرار حجية الامر المقضي به منذ صدوره في حدود موضوع النزاع الذي تضمنه القرار المذكور ، وان كان بالامكان الطعن فيه باحدى طرق الطعن القانونية ، واكتساب القرار لحجية الامر المقضي به بين الخصوم ، لا يعني اكتسابه القوة التنفيذية ، وذلك لان الصفة التنفيذية لقرارات التحكيم تكون بموجب قرار سلطة عامة مختصة[3] .

والرأي الراجح أن قرار التحكيم ينتج آثاره منذ صدوره أي من التاريخ المذكور ، كتاريخ لاصدار القرار التحكيمي .

ـ د. أحمد ابو الوفا - التحكيم الاختياري والاجباري ، المصدر السابق ، ص265 .

- Anand (R . P) : The Enforcement of Arbitral Awards Under UNCITRAL model Law on international commercial arbitration . Colombia Journal of transnational law . Vol. 25 , 1987 , No. 3 . P.718 .

نقلا عن د. فوزي محمد سامي - التحكيم التجاري الدولي ، المصدر السابق ، ص361 .

والقاعدة هي احترام القرار التحكيمي من قبل الاطراف وتنفيذه اختياريا من قبل الطرف الخاسر ، والا يقوم الطرف الذي تم الحكم لصالحه بموجب القرار التحكيمي ، ان يلجأ في حالة تقاعس الطرف الاخر وامتناعه عن التنفيذ الى طلب التنفيذ من الجهات المختصة ، ويكون ذلك اولا باضفاء الصفة التنفيذية على القرار التحكيمي ، ذلك لان القرارات التي يصدرها المحكم ليس لها في اغلب الدول القوة التنفيذية ، لكي تقوم السلطات العامة باستعمال سلطتها لاجبار المحكوم عليه بالتنفيذ ، وعادة طلب اضفاء الصفة التنفيذية علىالقرار التحكيمي يطلب من المحكمة المختصة بنظر النزاع وفي المكان الذي توجد فيه اموال المدين المطلوب تنفيذ القرار ضده[1] .

وهذه المسألة تنظمها مختلف الدول بموجب نصوص في قوانينها الوطنية ، هناك في بعض الدول ، قوانين خاصة بالتحكيم ، وفي دول اخرى تنظم مسائل التحكيم وكيفية تنفيذ القرار التحكيمي في قوانين المرافعات المدنية . وعليه فان قرارات التحكيم الوطنية تنفذ بموجب احكام القانون الوطني ، اما تنفيذ القرارات التحكيمية الاجنبية ، فتنفذ ايضا وفقا لقوانين الاجراءات الوطنية مع الاخذ بنظر الاعتبار نصوص الاتفاقيات الثنائية او الجماعية في حالة كون الدولة المراد تنفيذ القرار فيها منضمة الى تلك الاتفاقيات , الامر الذي يقودنا الى القول بان اجراءات تنفيذ القرار التحكيمي الوطني تختلف عن الإجراءات الواجب اتباعها عند تنفيذ القرار التحكيمي الاجنبي . ولاشك ان الامر الذي يهمنا هو كيفية تنفيذ القرار الاجنبي كون مجال بحثنا ينصب في مجال التحكيم التجاري الدولي .

ومن اجل طلب الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي في التحكيم التجاري الدولي ، لابد من اختيار المكان الذي يراد منه الاعتراف بالقرار وتنفيذه ، وهذا المكان كما اسلفنا ، هو البلد الذي توجد فيه اموال وممتلكات الشخص الذي صدر القرار التحكيمي ضده ، وقد تكون لهذا الشخص ممتلكات واموال موزعة في دول متعددة ، ففي هذه الحالة يكون لطالب التنفيذ اختيار المكان الاكثر ملائمة للاعتراف بالقرار وتنفيذه .

أنظر د. ابراهيم محمد ابراهيم - التحكيم الدولي الخاص ، المصدر السابق ، ص171 .

وجرت محاولات عديدة على الصعيد الدولي ، بهدف توحيد القواعد الخاصة بالاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية ، فعقدت عدت اتفاقيات تحكيم دولية تبين كيفية الاعتراف وتنفيذ تلك الاحكام او القرارت ، واهم الاتفاقيات التي اثرت في التشريعات الوطنية ووحدت اجراءات الاعتراف والتنفيذ هي اتفاقية نيويورك لعام 1958[1] لذا سنحاول الاشارة الى بعض احكامها قدر تعلق الامر بموضوع بحثنا .

حيث يسرت اتفاقية نيويورك الاجراءات الخاصة بطلب الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم في الدول المنضمة اليها ، واشارت المادة الرابعة منها الى الوثائق التي يجب ان تقدم مع الطلب الى الدولة المراد منها الاعتراف وتنفيذ الحكم وهذه الوثائق هي كما يلي :

اصل الحكم الخاص بالتحكيم ، مصدقا او صورة للحكم مستوفية لشروط التصديق .

اصل الاتفاق المشار اليه في المادة الثانية[2] ، او صورة منه مستوفية لشروط التصديق.

كما نصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة ، على انه اذا لم يكن الحكم او الاتفاق المذكور مكتوبا باللغة الرسمية للبلد المراد التنفيذ فيه ، فعلى طالب الاعتراف وتنفيذ الحكم ان يقدم ترجمة رسمية للوثائق المذكورة في تلك اللغة ، على ان تكون الترجمة مصدقة من قبل مترجم رسمي او محلف او من قبل جهة دبلوماسية او قنصلية .

وللدولة التي يطلب منها الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم فيها ، ان تقرر ايقاف تنفيذ الحكم او رفض تنفيذه ، ويتم ايقاف التنفيذ بناءا على طلب من احد اطراف النزاع ، من الشخص الذي صدر الحكم ضده ووقف التنفيذ يكون عادة لاعطاء مهلة لمن صدر الحكم ضده لكي يتمكن من الاثبات بان الحكم غير قابل للتنفيذ ، لسبب من الاسباب التي تدعو الى رفض تنفيذه ، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها ، ان يقرر ايقاف تنفيذه ان رأى ذلك ملائما ، وله ان يقرر تقديم ضمانات مناسبة ، من الشخص الذي اراد ايقاف التنفيذ ، وذلك بناءا على طلب من الطرف الذي يريد تنفيذ الحكم . هذا ما نصت عليه المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك واوردت على سبيل الحصر الاسباب التي يمكن الاستناد اليها في رفض الاعتراف ورفض تنفيذ الحكم التحكيمي[3]

---

(1) للمزيد أنظر د. سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق ، ص515 .
(2) المقصود الاتفاق الذي يحتوي على شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم .
(3) أنظر د. فوزي محمد سامي - المصدر السابق ، ص44-45 .

عدم اهلية اطراف اتفاق التحكيم ، وفقا للقانون الواجب التطبيق ، او عدم صحة اتفاقية التحكيم طبقا للقانون الذي اختاره اطراف النزاع وفي حالة عدم الاتفاق على ذلك طبقا لقانون مكان صدور الحكم .

ان الطرف الذي صدر الحكم ضده لم يبلغ بشكل صحيح ، بتعيين المحكم او باجراءات التحكيم ، او انه لم يكن بمقدوره ان يبدي دفاعه .

ان الحكم قد انصب على خلاف لم ترد الاشارة اليه في مشارطة التحكيم او شرط التحكيم ، او ان الحكم يتضمن قرارات تتجاوز ما نصت عليه مشارطة التحكيم . غير انه اذا كان الحكم يتضمن فقرات تتعلق بالمسائل الخاضعة للتحكيم ، ويمكن فصلها عن المسائل التي لا تخضع للتحكيم عندئذٍ يجوز الاعتراف وتنفيذ الفقرات الاولى من

الحكم .

ان تشكيل هيئة التحكيم او ان اجراءات التحكيم لا تتطابق مع ما اتفقت عليه الاطراف او مع قانون الدولة التي جرى فيها التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الاطراف على ذلك .

ان الحكم لم يصبح بعد ملزما للاطراف ، او انه قد ابطل ، او اوقف العمل به من السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه الحكم طبقا لقانون ذلك البلد .

هذه الاسباب الخمسة عددتها الفقرة الاولى من المادة المذكورة . وجدير بالذكر ان السلطة المختصة لا تستطيع رفض الاعتراف والتنفيذ من تلقاء نفسها بناءا على تحقق احد الاسباب المشار اليها اعلاه ، وانما يجب ان يتم ذلك بناءا على طلب من احد اطراف النزاع ، غير ان الفقرة الثانية من المادة الخامسة قد جاءت بذكر سببين ، يجوز فيهما للسلطة المختصة في البلد المراد فيه الاعتراف وتنفيذ الحكم ان ترفض من تلقاء نفسها الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الاجنبي اذا تبين لها ما يلي :

ان موضوع النزاع طبقا لقانون ذلك البلد لا يجوز حله بالتحكيم او .

ان الاعتراف وتنفيذ الحكم يتعارض مع قواعد النظام العام لذلك البلد[1] .

د. سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق , ص170 .

تلك هي الاسباب التي اوردتها اتفاقية نيويورك بشأن رفض الاعتراف ورفض تنفيذ قرار التحكيم[1] .

وبعد ان بينا الموقف على الصعيد الدولي ، ولو باختصار فيما يتعلق بكيفية الاعتراف وتنفيذ الاحكام الاجنبية ، فلا بأس لو أشرنا الى موقف بعض التشريعات المدنية الوطنية في هذا المجال وسنأخذ موقف المشرع الفرنسي والجزائري والعراقي بالتناوب في ثلاث نقاط .

أولاً : المشرع الفرنسي :

لقد اوكل المشرع الفرنسي بموجب المادة 1477 من قانون المرافعات المدنية المعدل عام 1981 ، الى رئيس المحكمة الابتدائية ، بان يصدر الامر بتنفيذ قرار التحكيم بناءا على طلب احد الاطراف ، وبعد ايداع قرار التحكيم ونسخة من الاتفاق الى قلم المحكمة المختصة بالنزاع ، والايداع يكون من قبل المحكم او احد الاطراف , ويتم اضفاء الصفة التنفيذية بالتأشير على قرار الحكم من قبل رئيس المحكمة وفي حالة رفض التنفيذ ، يجب ان يكون الرفض مسببا حسب المادة 1478 ، وهذا الاسلوب الذي يكتفي بامر صادر من رئيس المحكمة المختصة لاضفاء الصيغة التنفيذية دون تحديد جلسة ودعوة الخصوم ، وانما مجرد امر على عريضة يصدره رئيس الغرفة الابتدائية التي اودع اصل القرار في قلمها بناءا على طلب من ذوي العلاقة ، وذلك بعد الاتفاق على القرار واتفاق التحكيم .

وقد عالج قانون المرافعات المدنية الفرنسي المذكور ، مسألة الطعن في القرار التحكيمي في المواد 1481 وما بعدها وفي الاخص في المادة 1502 ، حيث اجاز الطعن بطريق الاستئناف ، كما يجوز الطعن بالقرار الذي يسبغ الصيغة التنفيذية على قرار التحكيم . وعددت المادة 1028 الحالات التي يجوز فيها طلب ابطال قرار التحكيم ، وطلب الابطال عند تحقق الحالات المذكورة ، يكون عن طريق الطعن بالاستئناف ولا يطعن بالقرار التحكيمي امام المحكمة بطريق الاعتراض على قرار التنفيذ[2] .

انضمت الجزائر الى هذه الاتفاقية بموجب القانون رقم 88 - 12 الصادر عام 1988 ، اما العراق فلم يصادق على هذه الاتفاقية ولم ينضم اليها .

للمزيد أنظر د. ابراهيم أحمد ابراهيم - المصدر السابق ، ص172 .

ثانياً : المشرع الجزائري :

عموما ان المشرع الجزائري يعتمد للاعتراف على القرارات التحكيمية الاجنبية على الاتفاقيات التجارية التي تبرمها مع غيره ، ومن هذه الاتفاقيات ما تكون احكامها ملزمة لاطراف العقد باللجوء الى التحكيم وفقا لقواعد معينة ، قبل اتفاقية افيان لسنة 1962 ، والتي تنص على انه (يعد الحكم نافذا بدون الحاجة الى اصدار امر بالتنفيذ في اراضي الطرفين) وتلاحقت الاتفاقيات الثنائية في نفس المجال[1] . بين الجزائر وعدة دول اخرى نذكر منها المرسوم الرئاسي رقم 90 / 420 الصادر في 22 / 12 / 1990 ، المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين دول المغرب العربي لضمان الاستثمارات الموقع عليها في الجزائر
بتاريخ 23 / 7 / 1990 . كذلك الاتفاقات مع الدول الاجنبية . منها المبرم مع بلجيكا ولوكسمبورغ[2] ، وايطاليا[3] , و فرنسا[4] ، و رومانيا[5] .

ونظرا للتحولات العميقة التي عرفتها الجزائر ، ولا سيما في ميدان تطبيق الاصطلاحات الاقتصادية وما يقتضيه ذلك من تصور فعال لادخال الجزائر في اقتصاد السوق ، وتشجيع الاستثمارات الاجنبية ، كان من الواجب اعادة النظر في الجهاز القانوني ، حتى يربط المحيط الاقتصادي بمختلف المتعاملين الوطنيين والاجانب .

ولكي تواجه الجزائر المحيط العالمي المعقد وضخامة انفتاح اقتصادها ، تحتم عليها القيام باصلاح جهازها القانوني حتى يتجاوب مع المتطلبات العالمية ويحمي مصالحها الاقتصادية ، فكان من المنطقي ان يقوم المشرع الجزائري بتعديل قانون الاجراءات المدنية ، وفي هذا الصدد جاء المرسوم التشريعي رقم 93-9. المؤرخ في 25 ابريل 1993 باحكام

أنظر د. معاشو عمار - المصدر السابق ، ص332 .

المرسوم الرئاسي رقم 91 / 345 المؤرخ في 5 / 10 / 1991 ، المتضمن المصادقة على الاتفاق بين الجزائر وبلجيكا ولوكسمبورغ في مجال التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في الجزائر بتاريخ 24 / 4 / 1991 .

المرسوم الرئاسي رقم 91 / 346 المؤرخ في 5 / 10 / 1991 ، المتضمن المصادقة على الاتفاق بين الجزائر وايطاليا لحماية وتشجيع الاستثمارات .

المرسوم الرئاسي رقم 94 / 1 المؤرخ في 2 / 1 / 1994 ، المتضمن حماية وتشجيع الاستثمارات بين الجزائر
وفرنسا .

المرسوم الرئاسي رقم 94 / 328 المؤرخ في 22 / 10 / 1994 ، المتضمن المصادقة على الاتفاق بين الجزائر ورومانيا لحماية وتشجيع الاستثمارات .

جديدة خاصة بالتحكيم التجاري الدولي مضيفا بذلك بابا رابعا في الكتاب الثامن من هذا القانون ، تحت عنوان (في الاحكام الخاصة في التحكيم التجاري الدولي) . وخاصة القسم الثالث ، في الاعتراف بالقرارات التحكيمية الصادرة في مادة التحكيم الدولي وتنفيذها الجبري وطرق الطعن فيها ، في المادة 458 مكرر 17- 458 مكرر 28 .

ويتم الاعتراف في الجزائر بالقرارات التحكيمية الدولية ، اذا اثبت المتمسك وجودها وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي ، هذا ما نصت عليه
المادة 458 مكرر 17 .

وعلى هذا يتم تنفيذ الحكم وفقا للاجراءات المقررة في قانون الدولة التي يطلب تنفيذ الحكم فيها واذا كان القرار المراد تنفيذه في الجزائر ، يجب ان لا يكون القرار وقع في احدى الحالات التي ، قد يقرر رئيس المحكمة التي اصدرت هذه القرارات في دائرة اختصاصها ، او من رئيس محكمة محل التنفيذ اذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج تراب الجمهورية . رفض تنفيذ او الاعتراف بالقرارات التحكيمية ، لمخالفتها احدى الحالات المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 23 ، وهي (اذا تمسكت محكمة التحكيم خطأ باختصاصها او بعدم اختصاصها او اذا فصلت المحكمة دون الامتثال للمهمة المسندة اليها ، او اذا فضلت المحكمة زيادة عن المطلوب ، او اهملت الفصل في وجه من وجوه الطلب ، او لم يراعى مبدأ حضور الاطراف ، او اذا لم تسبب محكمة التحكيم ، او كان تسبيبها ناقصا وحصل فيه تضارب في الاسباب ، او اذا كان الاعتراف او التنفيذ مخالفا للنظام العام
الدولي) . وهذا الرفض قابل للاستئناف امام المجلس الذي يتبعه القاضي الذي فصل في النزاع ويمكن تأسيسه خلال شهر ابتداءا من تبليغ قرار القاضي ، حسب المادة 458 مكرر 24 . ويظهر من المادة المذكورة ، ان المشرع قد حدد هذه الحالات على سبيل الحصر لا المثال .

ثالثاً : المشرع العراقي :

من الضروري في التحكيم الذي يجري بالعراق ، ايداع القرار مع اتفاق التحكيم ، الى قلم المحكمة المختصة بالنزاع خلال ثلاثة ايام من صدور القرار ، وان المحكمة المذكورة هي التي تضفي الصيغة التنفيذية وذلك بتصديقها عليه ، حسب نص المادة 271 من قانون المرافعات المدنية ويتم ذلك بعد التحقق من توافر الشروط الشكلية التي اوجبها القانون في اصداره واستناده الى اتفاق صحيح على التحكيم (شرط او مشارطة التحكيم) ، كما تدقق المحكمة في صحة اختيار المحكمين وعدم مخالفتهم لقواعد الاجراءات الواجبة التطبيق ، وان يكون موضوع النزاع من المواضيع التي يجوز حسمها بالتحكيم . كما ان القرار يجب ان يكون قد صدر خلال المدة المحددة من قبل الطرفين او خلال ستة اشهر من تاريخ قبول المحكمين للتحكيم في حالة عدم الاتفاق ، الا اذا تم تحديد هذه المدة من قبل المحكمة

(262 و 263) ، كما يجب ان يكون القرار مسببا وموقعا من اغلبية المحكمين .

كذلك بينت المادة 274 ، سلطة المحكمة بتصديق القرار التحكيمي ، حيث (يجوز للمحكمة ان تصدق قرار التحكيم او تبطله كلا او بعضا ويجوز لها في حالة الابطال كلا او بعضا ان تعيد القضية الى المحكمين لاصلاح ما شاب قرار التحكيم او تفصل النزاع بنفسها اذا كانت القضية صالحة للفصل فيها) .

وتبين من هذه المادة السلطة الواسعة للمحكمة في مراقبة القرار التحكيمي ، حتى انها تستطيع ان تترك قرار التحكيم جانبا وتقوم هي بالفصل في النزاع ، وهذا يعني ان المحكمة العراقية تباشر الرقابة على القرار التحكيمي من حيث الموضوع والشكل ، والقرار الذي تصدره المحكمة في هذا الشأن لا يقبل الاعتراض ، وانما يقبل الطعن بالطرق الاخرى المقررة في القانون حسب نص المادة 275 .

اما المادة 273 من قانون المرافعات ، فقد نصت على انه (يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة ان يتمسكوا ببطلانه وللمحكمة من تلقاء نفسها ان تبطله في الاحوال الاتية :

أولا : اذا كان قد صدر بغير بينة تحريرية او بناءا على اتفاق باطل واذا كان القرار قد خرج عن حدود الاتفاق .

ثانيا : اذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام او الاداب او قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في هذا المكان .

ثالثا : اذا تحقق من الاسباب التي يجوز من اجلها اعادة المحاكمة .

رابعا : اذا وقع خطأ جوهري في القرار او في الاجراءات التي تؤثر في صحة القرار .

الفصل الثاني
القانون الواجب التطبيق
على التحكيـ ـ ـ ـم التجاري الدولي

تعد مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية في مجال التحكيم من الامور المعقدة ، ولعل مرد ذلك الى اتسام التحكيم بطبيعة خاصة ومركبة[1] ، اذ يتعين البحث عن القانون الواجب التطبيق في مراحل ثلاثة اهمها معرفة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ذاته ، وثانيها تعيين القانون الواجب التطبيق على الاجراءات الواجب اتباعها للوصول الى قرار التحكيم ، واخيرا تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع .

ولتحديد القانون الواجب التطبيق في قضاء التحكيم بمراحله تلك سوف نقسم هذا الفصل الى مبحثين ، الاول في القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، والثاني في القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم وسنرجيء الحديث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الى الباب الثالث .

د. أحمد قسمت الجداوي - تنازع القوانين في شأن قابلية النزاع للتحكيم ، دراسة موجزة في اطار القانون المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثاني ، السنة الثامنة والثلاثون ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، مصر ، 1996 ، ص445 .

المبحث الاول
القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

يقصد باتفاق التحكيم ذلك الاتفاق المكتوب الذي يلزم بمقتضاه اطراف العلاقة العقدية بعرض منازعاتهم التي نشأت او تنشأ عن هذه العلاقة على التحكيم[1] .

واتفاق التحكيم التجاري قد يتخذ احدى صورتين : الاولى : شرط التحكيم وهو نص وارد ضمن نصوص العقد المبرم بين اطراف العلاقة ، يقرر الالتجاء الى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تثار مستقبلا بشأن تفسير العقد او تنفيذه . والصورة الثانية مشارطة التحكيم ، وهو اتفاق يبرمه الاطراف وفقا لعقد مستقل عن العقد الاصلي ، يقضي بعرض النزاع القائم بالفعل على قضاء التحكيم[2] .

وان كان الفرق بين صورتي اتفاق التحكيم يكمن في ان مشارطة التحكيم يتعلق بنزاع نشأ بالفعل[3] . ومع ذلك لا توجد تفرقة جوهرية بين الصورتين السابقتين من حيث الطبيعة القانونية ومدى القوة الالزامية[4] ، اذ نلاحظ ان التشريعات الوطنية والدولية لم تفرق بينهما في المعاملة القانونية واستخدمت مصطلحا واحدا للتعبير عن الصورتين هو
(اتفاق التحكيم) .

المادة 7 / 1 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري لسنة 1985 .

- Deby Grerard (F) : La role de La regle de conftite dans La reglement des rapports Internationaux , Paris , ed , 1971 , Dalloz , 1973 , p.103 .

- د. مظفر ناصر حسين - القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم ، مجلة العدالة ، العدد الاول ، السنة الثانية ، وزارة العدل ، بغداد ، 2000 ، ص27-28 .
- د. محسن شفيق - التحكيم التجاري الدولي ، المصدر السابق ، ص171-172 .
- د. سامية راشد ـ التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق ، ص75 .
- د. أحمد ابو الوفا - التحكيم الاختياري والاجباري ، المصدر السابق ، ص15 .
- د. فوزي محمد سامي - المصدر السابق ، ص111 .
- د. ابراهيم احمد ابراهيم - التحكيم الدولي الخاص ، المصدر السابق ، ص49 .

د. محسن شفيق - التحكيم التجاري الدولي ، المصدر السابق ، ص172 .

د. سامية راشد - تحكيم العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق ، ص77 .

فالمشرع الفرنسي تفادى استخدام تعبيري شرط التحكيم ومشارطة التحكيم واستخدم مصطلح اتفاق التحكيم **La Convention darbitrage** ، وقد جارى المشرع المصري هذا المسلك في قانون التحكيم الجديد واورد تنظيما يشمل الصورتين معا ، اذ نصت المادة العاشرة على ان (اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء الى التحكيم لتسوية كل او بعض المنازعات التي نشأت او يمكن ان تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت ام غير عقدية) ، وكذلك فعل المشرع الجزائري في التعديل الاخير لقانون الاجراءات المدنية ، واخذ بتعبير (اتفاق التحكيم) ، والذي اوجب المشرع من الناحية الشكلية ان يكون الاتفاق مكتوبا حيث نصت المادة 458 / 2 مكرر على انه (يجب من حيث الشكل ، وتحت طائلة البطلان ، ان تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي) .

كما اكدت الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم الطبيعة القانونية الموحدة لكل من شرط التحكيم ومشارطة التحكيم ، نشير الى اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين لسنة 1958 وفقا للمادة 2 / 1 التي قضت بان (على كل دولة موقعة الاعتراف بالاتفاق المكتوب الذي يلزم بمقتضاه الاطراف بان يخضعوا للتحكيم كل او بعض المنازعات الناشئة او التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع يتعلق بروابط القانون التعاقدية اوغير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم) .كما اشارت الى ذلك الاتفاقية الاوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 في المادة 1 / 2 بقولها (اتفاق التحكيم ينصرف اما الى شرط التحكيم السابق على قيام النزاع الذي يدرج في العقد الاصلي ، واما الى اتفاق التحكيم اللاحق لوقوع النزاع . . .) .

المطلب الاول

استقلال شـ ـ ـ ـ ـ ـرط التحكيم

لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الذي يحتوي على هاتين الصورتين ، لابد من كشف طبيعة العلاقة التي تربط بين العقد الاصلي الذي يثار النزاع بمناسبته . وبين اتفاق التحكيم ، سواء قد اتخذ صورة مشارطة التحكيم او شرط التحكيم[1] . وبعبارة اخرى يتوقف امر تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم على طبيعة الاجابة على تسائل مهم ، هل يعد اتفاق التحكيم جزءاً من العقد الاصلي موضوع النزاع ، ام انه يستقل عنه بحيث يشكل بذاته عقدا مستقلا [2] þ .

واهمية الاجابة على هذا التساؤل تكمن في تحديد الاثار المترتبة على العلاقة بين العقد الاصلي واتفاق التحكيم ، وبصورة خاصة في حالة بطلان العقد الاصلي او فسخه ، فما هو مصير شرط التحكيم þ ، هل اذا ابطل العقد الاصلي يبطل معه شرط التحكيم الذي تضمنه هذا العقد þ ، وفي حالة فسخ العقد الاصلي هل يزول معه شرط التحكيم þ ، بعبارة اخرى هل شرط التحكيم يتبع العقد الاصلي وجودا وعدما ، او هل انه اتفاق مستقل ، ومن ثم يبقى صحيحا ونافذا اذا توافرت شروطه ، وان ابطل العقد الاصلي او تم فسخه þ ، ومدى تأثير بطلان شرط التحكيم على العقد الاصلي þ ، كما لو انصب التحكيم على موضوع لا يجوز التحكيم فيه ، فهل يؤثر ذلك في العقد الاصلي þ .

وفي حالة تحقق شيء مما سبق ، ما هي الجهة المختصة بالفصل فيه þ هل يتعين الالتجاء الى القضاء العادي لحسمه þ ، ام ان المحكم او هيئة التحكيم ذاتها تكون صاحبة

د. محسن شفيق - التحكيم التجاري الدولي ، المصدر السابق ، ص194 .

ـ د. سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق ، ص87-89 .

والجدير بالذكر ان هذا التساؤل ليس له محل بالنسبة لاتفاق التحكيم المبرم في صورة مشارطة التحكيم التي تعد عقدا مستقلا يبرم بصورة منفصلة عن العقد الاصلي . ومن ثم ينصب بحث استقلال اتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم الذي تضمنه العقد الاصلي .

الاختصاص ، كذلك الامر بالنسبة للقانون الواجب التطبيق هل يخضع كل من العقد الاصلي واتفاق التحكيم الى قواعد قانونية واحدة ، ام يتعين ان يخضع كل واحد منها الى
قواعد قانونية مختلفة þ[1] .

وفقا للاتجاه التقليدي الذي كان سائدا في فرنسا حتى نهاية القرن التاسع عشر ، فان شرط التحكيم يعد بمثابة وعد لابرام مشارطة تحكيم لاحقة ، فان لم تتحقق هذه الاخيرة فليس لهذا الشرط اية قيمة قانونية ، ومرد ذلك ان المشرع الفرنسي في ظل قانون المرافعات القديم كان يرفض الاعتراف بصحة شرط التحكيم ، مكتفيا بالاعتراف بمشارطة التحكيم ، بموجب المادة 1006 مرافعات فرنسي ، التي تتطلب لصحة اتفاق التحكيم بيان موضوع النزاع وتعيين المحكم ، و لم يكن من الممكن الحديث عن مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الاصلي الذي ورد ضمن نصوصه[2] . وفي مرحلة لاحقة وبعد انضمام فرنسا الى بروتوكول جنيف لسنة 1923 الخاص بشروط التحكيم ، اصبح شرط التحكيم صحيحا في العقود التجارية ، اذ صدر تشريع سنة 1925 يقرر للمرة الاولى صحة شرط التحكيم دون تعيين المحكين باسمائهم سلفا[3] .

بعد هذه المرحلة ظهرت الحاجة الى بحث مدى امكانية احتساب شرط التحكيم عقدا مستقلا عن العقد الاصلي الذي يتضمنه ، لاسيما وان القضاء الفرنسي وان اقر بصحة شرط التحكيم الا انه اكد تبعية اتفاق التحكيم للعقد الاصلي ، مرتبا على ذلك حرمان المحكم من نظر المنازعات المتعلقة ببطلانه[4] . غير ان ذلك القضاء لم يلبث طويلا حتى

د. فوزي محمد سامي - المصدر السابق ، ص207 .
ـ د. سامية راشد ـ التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق ، ص79 .
ـ د. محسن شفيق - التحكيم التجاري الدولي ، المصدر السابق ، ص194-195 .
د. سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر نفسه ، ص83 وما بعدها .
ـ د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال ـ المصدر السابق ، ص439 وما بعدها .
ـ د. محسن شفيق - التحكيم التجاري الدولي ، المصدر السابق ، ص186 وما بعدها .
د. سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق ، ص84 .
في عرض لموقف القضاء الفرنسي د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال - المصدر السابق ، ص351 .

سلم بمبدأ استقلالية التحكيم في العلاقات الدولية[1] .

وقد كان لموقف القضاء الفرنسي ومن بعده محاكم التحكيم ، اثره الكبير استقرار مبدأ استقلال شرط التحكيم من العقد الذي تضمنه[2] . ويظهر ذلك بوضوح من موقف المشرع الفرنسي الذي جاء مؤكداً للاتجاه العام الذي تبناه قضاؤه . اذ جاء قانون المرافعات الفرنسي الجديد حاسما لهذا الامر ، فقد نصت المادة 1446 من هذا القانون على انه (اذا كان شرط التحكيم باطلا فانه يعد غير مكتوب) ، ومفاد هذا النص انه لا يترتب على بطلان شرط التحكيم بطلان العقد الاصلي[3] .

كما نصت المادة 1466 من القانون ذاته على انه (اذا تنازع احد الاطراف امام المحكم في اساس او مدى سلطة او مدى نطاق اختصاص المحكم . فيكون لهذا الاخير الفصل في صحة الاتفاق على التحكيم او حدود اختصاصه) ، وبمقتضى هذا النص تصبح هيئة التحكيم صاحبة الولاية في الفصل بكل نزاع حول اساس اختصاصها او نطاقه ، فهي صاحبة الاختصاص في وجود او صحة اتفاق التحكيم او في شموله لموضوع النزاع ، وهذا ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص **Competence de La Competence**[4] .

اذ قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير في قضية **Gosset** في 7 / مايو 1963 (ان اتفاق التحكيم سواءا ابرم في صورة مشارطة تحكيم او شرط التحكيم الوارد في علاقة دولية خاصة ، يتمتع باستقلال قانوني كامل عن العقد الاصلي الذي ورد ضمن نصوصه ، مع ما يستتبعه من صحة اتفاق التحكيم استقلالا عن أي مأخذ يمكن ان ينسب للعقد الاصلي . . . **Cass Civ , 7 / 5 / 1963** , **Rev. Arb. 1963 , P.60** وفي عرض لموقف القضاء الفرنسي . . . **Deby Grerad OP. Cit. P. 103 ets.** .

ـ د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال ـ المصدر السابق ، ص351 .

ـ د. سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق ، ص94 وما بعدها .

ـ د فوزي محمد سامي - المصدر السابق ، ص210 وما بعدها .

ـ د. محمد عبد ا المؤيد - القواعد الاساسية والمباديء العامة في التحكيم ، المصدر السابق , ص12 وما بعدها .

- Goldman (B): Nouvelles reflexions sur La Mercatoria , Exudes Lalive . B.EH . Paris , 1993 , P. 492 .

د. سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق , ص87 .

ـ د. فوزي محمد سامي - المصدر السابق ، ص211 .

د. سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق ، ص87-88 .

ـ د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال - المصدر السابق , ص352-353 .

وبذلك يكون الاتجاه العام في فرنسا ، هو اقرار مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الاصلي ، وينبني على ذلك من ناحية ان بطلان العقد الاصلي او بطلان شرط التحكيم لا يؤثر في صحة او بطلان الاخر[1] . فاذا ابطل العقد الاصلي يجوز التمسك بصحة شرط التحكيم ومن ثم السير في اجراءات التحكيم وحسم النزاع من قبل المحكمة او هيئة التحكيم ، اما اذا كان العقد الاصلي صحيحا وكان شرط التحكيم باطلا ففي هذه الحالة يمكن لكل من الطرفين اللجوء الى القضاء الوطني للفصل في النزاع ، ولا يمكن اللجوء الى التحكيم بسبب بطلان شرط التحكيم اصلا[2] . ومن ناحية ثانية يمنح مبدأ استقلالية هيئة التحكيم النظر بالمسائل المتعلقة في اختصاصها[3] . واخيرا ينبني على مبدأ استقلال شرط التحكيم ان القانون الواجب التطبيق على العقد الاصلي ليس بالضرورة ان يكون هو ذاته الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم[4] . ولمبدأ استقلال شرط التحكيم مبررات قانونية لعل من اهمها اختلاف شرط التحكيم عن العقد الاصلي سواء من حيث الموضوع او من حيث السبب ، اذ ان موضوع شرط التحكيم يمثل في تسوية المنازعات المتولدة عن العقد

الاصلي ، وسببه هو الالتزام المتبادل بين طرفي العلاقة بنتيجة هذه المنازعة عن ولاية القضاء واسنادها الى هيئة خاصة يعينها طرفا النزاع ، واختلاف موضوع العقدين وسببهما على هذا النحو يجعل كل منهما عقدا مستقلا حتى وان تضمنتهما وثيقة واحدة[5] .

كما أكد المشرع المصري هذه النتيجة وفقا للمادة 23 من قانون التحكيم المصري الجديد عندما نصت على انه

(يعتبر اتفاق التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الاخرى ولا يترتب عن طلان العقد او فسخه او اي اثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه اذا كان الشرط صحيحا في ذاته) .

د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال - المصدر السابق ، ص356 .

وهذا ما أكدته المادة 22 / 1 من قانون التحكيم المصري بنصها على انه (تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها ، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم او سقوطه او عدم شموله لموضوع

النزاع) .

في عرض ذلك د. فوزي محمد سامي - المصدر السابق ، ص208-209 .

ـ د. عز الدين عبد ا - تنازع القوانين في مسائل التحكيم ، المصدر السابق ، ص23 وما بعدها .

ـ د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال - المصدر السابق ، ص335 .

ـ د. سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق ، ص107 وما بعدها .

د. عز الدين عبد ا - تنازع القوانين في مسائل التحكيم ، المصدر السابق ، ص354 .

علاوة على ذلك فانه لا حاجة في الواقع العملي لنظام تحكيم يدعونا الى التفرقة بين ابرام اتفاق التحكيم بصورة مشارطة تحكيم ، وابرامه بصورة شرط تحكيم ، اذ كيف نقر باقرار استقلال اتفاق التحكيم المبرم في صورته الاولى وعدم اقراره في صورته الاخيرة ، في حين ان الارادة في كلتا الصورتين اتجهت الى تحقيق غاية واحدة ، لذا نؤيد ما ذهب اليه الرأي الراجح فقها[1] ، وتشريعا[2] ، وقضاءاً[3] ، الى اتفاق التحكيم سواء تمثل في اتفاق مستقل عن العقد الاصلي ام كان شرطا مدرجا فيه ، هو عقد مستقل عن العقد الاصلي ، لا يتأثر به وجودا وعدما[4] . والقول باستقلال شرط التحكيم يعني ان القانون الواجب التطبيق على احدهما قد يختلف عن القانون الواجب التطبيق على الاخر ، وعلى هيئة التحكيم ان تفصل في صحة اتفاق التحكيم او بطلانه وفقا للقانون الواجب التطبيق عليه ، الذي قد لا يكون هو القانون الواجب التطبيق على العقد الاصلي .

- Goldman (B) : La Lex mercatoria dans Les . OP . Cit . P. 462 .

- Deby Gerard : OP . Cit . P.104 . ets

- د. عز الدين عبد ا - تنازع القوانين في مسائل التحكيم ، المصدر السابق ، ص42 وما بعدها .
- د. سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق ، ص86-87 .
- د. ابراهيم أحمد ابراهيم - التحكيم الدولي الخاص ، المصدر السابق ، ص49-50 .
- د. فوزي محمد سامي - المصدر السابق ، ص219 .

فضلا عن التشريعات الوطنية التي أكدت هذا الاستقلال حسب ما أشرنا سابقا ، اقرت معظم الاتفاقيات الدولية هذا الاستقلال ، منها على سبيل المثال ، المادة 16 / 1 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 ، المادة 5 / 3 من الاتفاقيات الاوربية للتحكيم لسنة 1961 .

اذ قضت محكمة استئناف باريس بتاريخ 21 فبراير (شباط) 1964 بأنه (اذا كان رفض تسليم شهادة تصدير الشعير أدى الى منع التصدير وعدم امكان المصدر شحن البضاعة مما ترتب عليه فسخ عقد البيع اعمالا للشرط الفاسخ الصريح في العقد ، فان شرط التحكيم يبقى صحيحا ، وتكون هيئة التحكيم هي الجهة المختصة بالفصل في النزاع) .

-Cour dappel Paris 21 /2 / 1964 , Rev , Crit 1964 . P543 . Not Mezgre .

بل ان شرط التحكيم وصل الى ابعد مداه امام القضاء الفرنسي عندما قررت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 4 يوليو

1972 استقلال شرط التحكيم عن اي قانون وطني ، سواء كان القانون الفرنسي ، ام قانونا وطنيا آخر ، وأنه بمنأى عن

بطلان العقد الاصلي نتيجة لتطبيق اي قانون وطني يحكمه ، مستبعدة في ذلك مبدأ تنازع القوانين وعدت استقلال شرط التحكيم عن العقد الاصلي بمثابة قاعدة موضوعية في القانون الدولي الخاص .

-Cass . Civ 4 / 7 / 1972 . Rev . crit 1972 . P.82 ets . Note level .Rev . Arb 1974 . P89 .

وان كان المبدأ العام ان شرط التحكيم يعد مستقلا قائما بذاته ، ومن ثم فان صحة او بطلان فسخ العقد الاصلي لا يؤثر على شرط التحكيم ، الا ان هناك استثناءات ترد عليه ، بمعنى ان سبب بطلان العقد الاصلي يؤدي حتما الى بطلان شرط التحكيم ، وذلك عندما يكون كالعقد الاصلي الذي تضمن شرط التحكيم قد أبرمه ناقص الاهلية او مشوبا بعيب من عيوب الارادة ، وهذا ما أكده القضاء الفرنسي والامريكي . في تفصيل ذلك :

- Deby Gerard : OP . Cit . P.108 .

المطلب الثاني
القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

ان مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم تثير العديد من الصعاب ، وبمناسبات عديدة سواء امام هيئة التحكيم او امام القضاء الوطني ، ان على هيئة التحكيم قبل ان تمضي في التحكيم ان تتأكد من صحة اتفاق التحكيم ونفاذه . بحسبان ان ولايتها منوطة بهذا الاتفاق . والغالب ان تتصدى هيئة التحكيم لهذه المسألة بناءا على دفع ببطلان الاتفاق على التحكيم الوارد على مسألة غير قابلة للتحكيم او لفقدان احد الاركان اللازمة لانعقاده ، او بناء على دفع بعدم شمول الاتفاق للمسألة المتنازع عليها ، او على دفع بانتهاء اجراءات التحكيم لانتهاء المدة المحددة له قانونا . كما قد تعرض مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم امام القضاء الوطني ، وذلك عندما يرفع احد طرفي النزاع دعواه امام القضاء ، ويتمسك المدعى عليه بوجود اتفاق التحكيم ، فيدفع المدعي ببطلان اتفاق التحكيم او بعدم نفاذه ، او عندما يصدر حكم التحكيم بالفعل ويراد الحصول على امر بتنفيذه ، اذ على القاضي التأكد اولا من صحة ونفاذ اتفاق التحكيم على ضوء القانون الواجب التطبيق عليه[1] .

اذن يجب اولا على القاضي او المحكم تعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم .

ولبيان ذلك لابد من التذكير ان المبدأ العام في مجمل العلاقات الخاصة الدولية هو حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم ، ولا يشذ اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن هذا المبدأ العام[2] . اذ لارادة الاطراف القدرة على اختيار قانون وطني معين (قانون جنسية الاطراف أو موطنهم ، او مكان ابرام الاتفاق ، او مقر التحكيم ، او القانون الواجب التطبيق على العقد الاصلي ، او قانون مكان التحكيم . . .) ، او اخضاع اتفاق التحكيم لاحكام اتفاقية دولية تنظم مسائل التحكيم . ومع ذلك يثار التساؤل عن مدى قدرة ارادة الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم þ .

د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال - المصدر السابق ، ص302 .

د. محسن شفيق - التحكيم التجاري الدولي ، المصدر السابق ، ص210 .

ـ د. عز الدين عبد ا - تنازع القوانين في مسائل التحكيم ، المصدر السابق ، ص32 .

للاجابة على هذا التساؤل ، اكد جانب من الفقه ان لارادة الاطراف حرية واسعة لا قيود عليها في اختيار القانون الواجب التطبيق ، الا قيد النظام العام والمعتبر هنا هو النظام العام الدولي وليس النظام العام الداخلي ، بينما وضع البعض قيدا اخر على حرية الاطراف في هذا الاختيار ، وهو ان لايكون هذا الاختيار تحكميا لا ضابط له ، وانما يتعين ان تكون هناك صلة بين القانون الذي وقع عليه الاختيار واتفاق التحكيم ، فيكون مثلا قانون احد طرفي الاتفاق ، او قانون مكان ابرام العقد الاصلي ، او قانون المكان الذي يجري فيه التحكيم[1] .

ومهما كان امر هذا الخلاف الذي لا يؤثر بأي حال من الاحوال في ثبات المبدأ العام الذي اصبح مؤكدا في التشريعات الدولية ، واقرته التشريعات الوطنية . فوضعت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 قاعدة اسناد اصلية تقضي بخضوع اتفاق التحكيم للقانون المختار ، وقاعدة اسناد احتياطية لايتم اللجوء اليها الا عند تخلف الاختيار ، وهو قانون مكان صدور حكم التحكيم وفقا للمادة الخامسة فقرة (1 / أ) من هذه الاتفاقية[2] .

وفي نطاق التشريعات الوطنية نلاحظ ان قانون التحكيم المصري الجديد ، لم يتعرض في الباب الثاني الخاص (باتفاق التحكيم المواد من 10 وحتى 14) لمسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، الا انه اورد في الباب الاول (احكاما عامة) حكما يستنتج منه خضوع اتفاق التحكيم لقانون الارادة وفقا لنص المادة الاولى من هذا القانون[3] . وما يجب ملاحظته على نص المادة الاولى ان قانون التحكيم المصري يفرق بشأن التحكيم التجاري الدولي في هذا الخصوص بين فرضين :

د. عز الدين عبد ا - تنازع القوانين في مسائل التحكيم ، المصدر السابق ، ص41-42 .

ـ د. محسن شفيق - التحكيم التجاري الدولي ، المصدر السابق ، ص212-213 ، وفي تفصيل الاتجاهات بصورة عامة سابقا ، ص1 .

في عرض ذلك ، د. منير عبد الحميد - التنظيم القانوني ، المصدر السابق ، ص93 .

ـ كما تم تأكيد الحكم السابق في المادة 9 من الاتفاقيات الاوربية للتحكيم لسنة 1961 .

اذ نصت المادة المادة الاولى من قانون التحكيم المصري على انه (مع عدم الاخلال باحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم . . . اذا كان هذا التحكيم يجري في مصر او كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج واتفق اطرافه على اخضاعه لاحكام هذا القانون) .

الاول : وهو الفرض الذي يجري فيه التحكيم في جمهورية مصر . وفي هذا الفرض يخضع اتفاق التحكيم للقانون المصري ، بحسبانه قانون مكان التحكيم . وبذلك يكون المشرع المصري قد خرج عن المبدأ العام الذي يقضي بحرية الاختيار واعمال قانون الارادة .

والثاني : وهو الفرض الذي يجري فيه التحكيم في الخارج . وفي هذا الفرض لا يخضع اتفاق التحكيم للقانون المصري الا اذا اتفق طرفا النزاع على اخضاعه لهذا القانون . غير ان المشرع المصري عاد ومنح الاطراف حرية كاملة في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وفقا لنص المادة 28 من هذا القانون ، التي خولت لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر او في الخارج[1] .

والربط بين حكم المادة 1 وحكم المادة 28 يؤكد أنه في حالة الاتفاق على اجراء التحكيم في مصر كان معنى ذلك اتجاه الارادة الى اخضاع اتفاق التحكيم لا حكام القانون المصري ، وحالة ما اذا تم اجراء التحكيم في الخارج كان معنى ذلك اتجاه الارادة ضمنا الى اخضاعه لقانون اخر غير القانون المصري . ويرتب بعض رجال الفقه نتيجة منطقية للربط بين حكم المادتين 1 ، 28 ، هي حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وان قاعدة خضوع التحكيم الذي يجري في مصر لاحكام القانون المصري هي قاعدة مكملة يجوز الاتفاق على مخالفتها[2] .

اما المشرع الجزائري فقد اعطى الاهمية الاولية لموضوع اتفاق التحكيم واضعا قاعدة مادية التي تتجاوز كل الاعتبارات الاخرى ، مدعما مبدأ حرية الاطراف في تحديد ما يرونه مناسبا لتنفيذ عقدهم ، وكيفية حل النزاعات الناتجة عن الخلافات التي تظهر في مختلف مراحل اتفاقهم ، وكذلك اختيار القانون المطبق على عقدهم ، وبالتالي فان القانون الجزائري لا يطبق الا اذا تم اختياره من المتعاقدين ونتيجة ارادتهم في جعل التحكيم في الجزائر حيث نصت المادة 458 / 1 مكرر فقرة 3 على انه (تعتبر صحيحة من حيث الموضوع ، اذا استجابت للشروط التي يضعها القانون الذي اتفق الاطراف على اختياره وان القانون المنظم

اذ نصت المادة 28 على انه لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر او خارجها ، فاذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم .

في تفصيل ذلك ، د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال - المصدر السابق ، ص311-312 .

لموضوع النزاع ، لاسيما القانون المطبق على العقد الاساسي ، واما القانون الجزائري) .

في حين ذهب اتجاه اخر الى اعتماد الارادة الضمنية للاطراف مؤكدا اهمية خاصة لضابطين يبني على الواحد منهما او الاخر الارادة الضمنية للاطراف ، وهما مكان التحكيم والقانون الذي يحكم العقد الاصلي[1] ، ويلاحظ ان تعيين الاطراف لمكان التحكيم دون تحديد القانون الواجب التطبيق بصورة صريحة ، يمكن ان يعد تعبيرا ضمنيا عن اختيارهم قانون هذا المكان ليكون هو الواجب التطبيق . ومع ذلك هناك صعوبة في الاعتداد بهذا الضابط وذلك في حالة توزع عملية التحكيم بين اكثر من بلد . وقد واجهت بعض الاتفاقيات الدولية هذه الصعوبة واعتدت بالمكان الذي يصدر فيه الحكم وليس بمكان التحكيم[2] .

بينما يرى اتجاه ثالث انه في هذه الحالة لا مجال للبحث عن ارادة ضمنية او مفترضة عند تخلفها وانما يجب الالتجاء مباشرة الى قانون مكان التحكيم ، بحسبانه ضابطا احتياطيا للاسناد ، وان هذا القانون يمثل بالنسبة لاتفاق التحكيم قانون بلد تنفيذ هذا الاتفاق .

د. عز الدين عبد ا - تنازع القوانين في مسائل التحكيم ، المصدر السابق ، ص43 وما بعدها .

ـ د. احمد حسان الغندور ، المصدر السابق ، 392 .

وهذا ما اخذت به اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في المادة 5 / 1 عندما قضت بأنه لا يمكن رفض الاعتراف بالحكم وتنفيذه بناءا على طلب احد الخصوم ضد الفرد الاخر ما لم يقدم الى السلطة المختصة ما يثبت ان الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية (اتفاق التحكيم) ليس صحيحا طبقا للقانون الذي اختاره اطراف الخصومة او في حالة عدم الاتفاق على ذلك طبقا لقانون مكان صدور الحكم وهذا ما اكدته ايضا المادة 9 من الاتفاقية الاوربية للتحكيم لسنة 1961 .

المطلب الثالث

نطاق القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

بعد ان اوجزنا مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، لعل الحاجة تدعونا الى تحديد نطاق تطبيق هذا القانون ومرد ذلك التساؤل عما اذا كان هذا القانون يمتد ليشمل كافة المسائل التي يثيرها هذا الاتفاق ام ان بعضا منها يخرج عن
نطاقه Þ . يكاد يجمع الفقه على خروج مسألتين من سلطان القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هما الاهلية والشكل[1] ، وذلك بالنظر لاختصاص كل فكرة منها بقاعدة اسناد مستقلة مختلفة عن تلك التي تحكم العقد .

الفرع الاول

القانون الواجب التطبيق على ازالية الاتفاق على التحكيم

الاهلية وان كانت تعد شرطا لصحة العقد الا انها في الحقيقة صفة لصيقة بالشخص[2] تحمل طابعا عاما وشاملا . لذا يتعين ان يتسم القانون المطبق عليها بالثبات ، بحيث يكون في مقدوره دوما التطبيق على الاشخاص بغض النظر عن الاقليم الذي يتواجد فيه هؤلاء الاشخاص ، ولتخفيف هذا الهدف يجب اللجوء الى القانون الشخصي ، وهو اما ان يكون قانون الجنسية (**la loi national**) او قانون الموطن (**La lio du domicile**) مع تغليب قانون الجنسية الذي اخذت به معظم التشريعات الوطنية ، فالمشرع الفرنسي عقد الاختصاص لقانون الجنسية وفقا للمادة 3 / 3 من القانون المدني التي قضت بأن (القوانين الخاصة بحالة الاشخاص واهليتهم تحكم الفرنسي ولو كان مقيما في بلد اجنبي)[3] . وقد

د. عز الدين عبد ا - القانون الدولي الخاص ، المصدر السابق ، ص456 .
ـ د. هشام علي صادق ـ تنازع القوانين - المصدر السابق ، ص664 .
ـ محمد عبد ا المؤيد ـ القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، الطبعة
الاولى ، اوان للخدمات الاعلانية ، صنعاء ، 1999 ، ص273 .
د. ابراهيم احمد ابراهيم - القانون الدولي الخاص ، المصدر السابق ، ص560 .
ـ د. هشام علي صادق - تنازع القوانين المصدر السابق ، ص664 .
في التعليق على هذا النص ، د. عز الدين عبد ا - القانون الدولي الخاص، المصدر السابق , ص89 وما بعدها .

نقل هذا النص الى العديد من التشريعات مثل القانون المدني المصري[1] ، والعراقي[2] ، والجزائري[3] . ومن جانب اخر أخضعت بعض التشريعات الاهلية لقانون الموطن[4] ، وبعض التشريعات تخضع الاهلية لنظام مختلط ، اذ تخضع اهلية رعاياها لقانون الجنسية ، بينما تخضع اهلية الاجانب لقانون الموطن[5] ، ولما كان لفكرة الاهلية لمعنيين مختلفين[6] ، فان اهلية التحكيم تستلزم ان يكون الشخص اهلا للتعاقد واهلا للتقاضي[7] ، بمعنى ان الاهلية المطلوبة هنا ، هي اهلية وقدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية وينصرف اصطلاح الاهلية في هذا المقام الى اهلية الاداء ومحورها التمييز[8] , اما في ما يتعلق باهلية الدولة والاشخاص الاعتبارية التابعة لها ، من الالتجاء الى التحكيم ، فيرجع بشأنها الى قانونها الوطني[9].

المادة 11 من القانون المدني المصري الصادر بتاريخ 15 اوكتوبر 1949 .

ـ في تفصيل ذلك ، د. احمد عبد الكريم سلامة - علم قاعدة التنازع ، المصدر السابق ، ص640 وما بعدها .

المادة 18 / 1 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 ، في تفصيل ذلك د. حسن الهداوي ، د. غالب الداوود

ـ القانون الدولي الخاص ، مطبعة وزارة التعليم الالعالي والبحث العلمي ، الطبعة الاولى ، بغداد 1988 ، ص92 .

مادة 10 من القانون المدني الجزائري ، في تفصيل ذلك د. عز الدين عبد ا - قواعد تنازع القوانين في القانون المدني الجزائري الجديد ، مصر المعاصرة ، السنة 70 العدد 378 ، اوكتوبر1979 ، ص23 وما بعدها .

منها على سبيل المثال المادتين 6 ، 7 من القانون المدني الارجنتيني ، المادة 7 من القانون البرازيلي ، والمادة 17 من قانون تنظيم السلطة القضائية في كواتيمالا .

ـ اشار الى هذه القوانين ، د. طارق عبد ا المجاهد - تنازع القوانين ، المصدر السابق ، ص267 .

كما هو الحال في المادة 17 من القانون المدني لدولة تشيلي ، والمادة 19 من القانون المدني لدولة كولومبيا ، والمادة 3 من القانون المدني في كوستريكا ، والمادة 14 من القانون المدني في الاكوادور، والمادة 12 مدني في المكسيك .

ـ اشار الى هذه القوانين ، د. طارق عبد ا المجاهد - المصدر نفسه ، ص267 .

اذ ان الاهلية تعني قدرة الشخص على اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات وتعرف باهلية الوجوب وقد تعني قدرة الشخص على التعبير عن ارادته تعبيرا يرتب اثار قانونية او قدرة الشخص على اجراء التصرفات القانونية وتسمى اهلية الاداء ، د. عز الدين عبد ا - القانون الدولي الخاص ، المصدر السابق ، ص211 وما بعدها .

د. عز الدين عبد ا - تنازع القوانين في مسائل التحكيم ، المصدر السابق ، ص34 .

د.حسن الهداوي - تنازع القوانين واحكامه في القضاء الاردني ، ، المصدر السابق ، ص100 ، وهذا ما اكدته المذكرة الايضاحية للكاتب الاول من القانون المدني اليمني عندما اكدت ان الاهلية هي صلاحية الشخص للتصرف ، ص20 .

ـ أشار اليها د. محمد عبد ا المؤيد - القانون الدولي الخاص ، المصدر السابق ، ص127 .

في تفصيل ذلك **Deby Gerard . . . OP . Cit . P.112 ets** .

ـ د. حفيظة السيد الحداد ـ العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية ، المصدر السابق ، ص71 .

ـ د. احمد حسان الغندور - المصدر السابق ، ص263 وما بعدها .

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على شكل الاتفاق على التحكيم

من القواعد المستقرة منذ القدم في فقه القانون الدولي الخاص ، خضوع شكل التصرف القانوني لقانون بلد ابرامه[1] . هذه القاعدة املتها ضوابط عملية تتلخص في التيسير على المتعاقدين عند ابرام التصرفات القانونية ، بالنظر الى سهولة تعرفهم على احكام هذا القانون ، مما يؤدي اليه ذلك من تشجيع المعاملات الدولية الخاصة ، اذ قد يتعذر على المتعاقدين العلم باحكام قانون غير قانون الدولة التي ابرم فيها العقد . وفي حالة افتراض علمهم باحكام قانون اخر ، فقد لا يتيسر لهم اتباع الشكل الذي يتطلبه هذا القانون . الامر الذي قد يؤدي الى تعذر مباشرة التصرف القانوني[2] ، علاوة على ذلك فان الاخذ بالشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه التصرف القانوني يؤدي الى اطمئنان المتعاقدين على القيام في اي مكان بتصرفات قانونية صحيحة[3] ، وانطلاقا من هذه القاعدة (التيسير على المتعاقدين) فقد استقر الفقه الغالب[4] ، والقضاء[5] ، والتشريعات[6] ، على الطابع الاختياري

في عرض التطور التاريخي لهذه القاعدة د. عز الدين عبد ا - القانون الدولي الخاص ، المصدر السابق ، ص471 وما بعدها . د. هشام علي صادق - تنازع القوانين ، المصدر السابق ، ص374 وما بعدها .

لذا املت هذه الضوابط اخضاع شكل التصرف لقانون بلد ابرامه .

ـ في عرض ذلك ، د. عز الدين عبد ا - القانون الدولي الخاص ، المصدر نفسه ، ص474 .

ـ د. هشام علي صادق - تنازع القوانين ، المصدر السابق ، ص377-378 .

د. حسن الهداوي - تنازع القوانين واحكامه ، المصدر السابق ، ص175 .

-Batiffol (H) Lagard (P) : Droit International prive T. 11 . 7 , ed , Paris , 1983 , P.322 .

ـ د . عز الدين عبد ا - القانون الدولي الخاص ، المصدر السابق ، ص475 وما بعدها .

ـ د. هشام علي صادق - تنازع القوانين ، المصدر السابق ، ص378 و ما بعدها .

ـ د. حسن الهداوي - تنازع القوانين وأحكامه ، المصدر السابق ، ص175 .

في تطبيقات القضاء لهذه القاعدة ، د. ابراهيم احمد ابراهيم - القانون الدولي الخاص ، المصدر السابق ، ص565 وما بعدها ، د. عكاشة محمد عبد العال - المصدر السابق ، ص330 وما بعدها .

اما القانون الجزائري فقد جعل من قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل ابرامه ، قاعدة اختيارية ، فقد نصت المادة 19 مدني جزائري (تخضع العقود ما بين الاحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ، ويجوز ايضا ان تخضع للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين) . اما المشرع العراقي فقد ذهب في كافة المعاملات المالية الى اعطاء القاعدة صفة الالزام اذ لم يجز للمتعاقدين الخروج عن الشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه ، وفقا لنص المادة 26 من القانون المدني التي نصت على ان (تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها) .

لهذه القاعدة بمعنى ان اخضاع التصرف القانوني الى قانون البلد الذي ابرم فيه ليس الزاميا . فمن حق اطراف العلاقة اتباع الشكل المقرر في قانون غير قانون محل الابرام ، طالما كانوا يجهلون احكام هذا القانون الاخير ، وكانوا اكثر دراية باحكام قانون اخر اكثر ارتباطا بالتصرف القانوني المبرم بينهم ، مثل قانون الجنسية او الموطن او القانون الذي يحكم موضوع العقد .

واذا كان الامر كذلك هل تسري هذه القاعدة على شكل الاتفاق على التحكيم ؟ يرى البعض عموم هذه القاعدة ، بحيث يتم الاخذ بها على شكل التصرف القانوني بصورة عامة . وبالنتيجة فان شكل الاتفاق على التحكيم يخضع لقانون بلد ابرامه ، بينما يرى جانب اخر الى امتداد هذه القاعدة على شكل اتفاق التحكيم مع تقرير حق المتعاقدين في اخضاعه للقانون الذي يحكم الموضوع مع ترجيح القانون الاخير ، بحسبانه القانون الذي اتجهت اليه ارادة المتعاقدين . وعليه اذا كان قانون الارادة يقر بصحة اتفاق التحكيم في حين ان قانون بلد الابرام يعده باطلا ، اعتد بالقانون الذي يقر بصحته واتجاه ثالث يرى انه لغرض التيسير على المتعاقدين ، يتعين اخضاع شكل اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم موضوع التحكيم متى كان ذلك من شأنه احتساب هذا الاتفاق صحيحا من حيث الشكل . اما اذا ادى ذلك الى بطلانه فيجب الرجوع الى قانون الدولة التي ابرم فيها هذا الاتفاق[1] .

ونعتقد ان هذا الاتجاه الاخير اولى بالاتباع والمساندة ، حيث من الصعوبة بمكان الاعتداد بالقاعدة العامة في شكل التصرف القانوني على اتفاق التحكيم . اذ لا يمكن النظر الى شكل هذا الاتفاق بصورة مستقلة وبمنأى عن التأثير (بقانون الارادة) القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم . اذ ان اخضاع شكل اتفاق التحكيم لقانون بلد الابرام دون الاخذ بنظر الاعتبار الاحكام المتعلقة بالشكل في القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، قد يثير العديد من المشاكل الناجمة على اختلاف احكام القوانين

في عرض هذه الاراء ، د. عز الدين عبد ا - تنازع القوانين في مسائل التحكيم ، المصدر السابق ، ص38
وما بعدها .

الوطنية بشأن شكل اتفاق التحكيم[1] .

وبالنظر الى انه غالبا ما تنصب المنازعات في اتفاق التحكيم على شكله[2] ، نرجح اخضاع شكل الاتفاق على التحكيم للقانون الذي يحكم موضوعه (قانون الارادة) لكونه يؤدي الى وحدة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم شكلا وموضوعا ، فشكل هذا الاتفاق وموضوعه يخضعان بذلك الى قانون واحد[3] ، وهذا هو عين ما تطلبه مقتضيات التجارة الدولية ، ومن شأنه التيسير على المتعاقدين . وهكذا نصل الى ان قانون الارادة هو الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، بعد استبعاد مسألة الاهلية فقط وفقا للرأي الذي نعتقد بصحته فيما يخص شكل الاتفاق على التحكيم . واذا ما تم تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، يثار التساؤل عما اذا كان هذا القانون يسري على كافة المسائل التي يثيرها هذا الاتفاق ؟ .

الثابت ان القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم هو الذي يحكم كافة المسائل المتعلقة بوجود هذا الاتفاق ، فهو الذي يحكم التراضي وعيوب الارادة والمحل والسبب ، كما يحكم هذا القانون التزام الاطراف تحديد موضوع النزاع ، فضلا عن مشروعية عمل الاتفاق على التحكيم اي قابلية النزاع لخضوعه للتحكيم .

فمن حيث وجود اتفاق التحكيم ، فان قانون الارادة يحكم وجود التراضي وصحته[4] ، اذ يسري هذا القانون على كل ما يتعلق بالتعبير عن الارادة ، ومتى يترتب عليه

اذ تتطلب بعض التشريعات الشكل الرسمي ، مثل تشريعات اسبانيا وبعض دول امريكا اللاتينية ، بينما تكتفي غالبية التشريعات بالشكل العرفي مثل فرنسا والولايات المتحدة الامريكية وبريطانيا ومصر والعراق والجزائر ، وهناك عدد من التشريعات لا تتطلب الشكل الكتابي مكتفية بالاتفاق الشفوي ، مثل المانيا بالتحكيم في المعاملات التجارية .

- د. عز الدين عبد ا - تنازع القوانين في مسألة التحكيم ، المصدر السابق ، ص38 .

- د. احمد حسان الغندور - المصدر السابق ، ص398 . د. فوزي محمد سامي - المصدر السابق ، ص124 .

د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال - المصدر السابق ، ص314 .

مع الاحتفاظ لقانون بلد الابرام بدون احتياطي يتم اللجوء اليه في حالة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بصورة صريحة .

يوجد التراضي عندما يعبر الشخص عن رغبته في احداث اثر قانوني معين ، وان تتلاقى هذه الارادة مع ارادة اخرى مطابقة لها ، اي تتجه الى احداث الاثر القانوني ، وصادرة ممن وجهت اليه الارادة الاولى ، بحيث يتحقق التوافق بين الارادتين . والتعبير عن ارادة طرفي العقد يمكن ان يتحقق في مجلس العقد او بوسائل الاتصالات الحديثة دون ان يجمعهما مجلس واحد استجابة لمتطلبات المعاملات الدولية الحديثة ، د. محمد حسام محمود لطفي - استخدام وسائل الاتصالات الحديثة في التفاوض على العقود وابرامها الانظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية ، معهد قانون الاعمال الدولي ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، دار جالكسي للطباعة والنشر ، القاهرة ، 1994 ، ص128 وما بعدها .

اثره ، وهل يستوي التعبير الصريح والتعبير الضمني ، وهل يعتد بالارادة الظاهرة ام بالارادة الباطنة ، والمقصود بتطابق الارادتين ، وزمان ومكان انعقاد العقد بين غائبين ، وعيوب الارادة التي تجعل التراضي غير صحيح[1] . كما تشترط اغلب التشريعات للتعبير عن الارادة وفقا لاتفاق التحكيم ، ان يكون هذا الاتفاق مكتوبا وإلا عد باطلا[2] ، بينما نجد بعض التشريعات تعد الكتابة شرط اثبات وليس شرط انعقاد[3] ، كما يحكم قانون الارادة المحل من حيث شروطه وصحته[4] ، ومحل اتفاق التحكيم بصورة عامة ، هو موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم والذي ينص على حله بطريقة التحكيم ، سواء حل النزاع بموجب (شرط التحكيم) ام بعد نشوءه وفقا (لمشارطة التحكيم)[5] ، وفي جميع الاحوال يجب ان يكون موضوع النزاع من الامور التي يجوز فيها التحكيم ، لتعلق الامر بالنظام العام[6] . وفي التحكيم التجاري الدولي يجب ان يكون النزاع متعلق بمعاملة تجارية دولية[7] ، وتعد مشكلة قابلية النزاع للتحكيم هي بعينها مشكلة مشروعية محل العقد[8] .

وتجدر الاشارة الى ان مسألة خروج الارادة تخرج من نطاق تطبيق قانون الارادة على اساس ان هذه تدخل في مفهوم فكرة الاهلية ، ومن ثم تخضع لقانون الجنسية ، د. هشام علي صادق - تنازع القوانين ، المصدر السابق ، ص668.

ومن تلك التشريعات المادة 2 / 1 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 والمادة 2 / 1 من الاتفاقية الاوربية للتحكيم لسنة 1961 والمادة 7 / 2 من القانون النموذجي للتحكيم لسنة 1985 ، والمادتين 1443 و 1449 من قانون التحكيم الفرنسي الجديد ، والمادة 21 من قانون التحكيم المصري الجديد والمادة 458 / 2 مكرر من قانون المرافعات المدنية.

من تلك التشريعات المادة 252 من قانون المرافعات العراقي .

المحل في القواعد العامة هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به ، ومحل التزام المدين قد يكون اما بنقل حق عيني او بعمل او بالامتناع عن عمل وبصورة ادق هو (العملية القانونية المقصود تحقيقها بواسطة العقد) ويلزم في محل العقد ان يكون موجودا اذا كان شيئا او ممكنا اذا كان عملا او امتناع عن عمل وان يكون المحل معينا او قابلا للتعيين ، وان يكون عملا مشروعا او قابلا للتعامل به ، د. سليمان مرقص- الوافي في شرح القانون المدني ، المصدر السابق ، ص327 .

لذا يجب تحديد المسائل التي يشملها التحكيم ، د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال - المصدر السابق ، ص363 .

تقريرا لنص المادتين 1 و 11 من قانون التحكيم المصري الجديد والمادة 254 من قانون المرافعات العراقي والمادة 458 / 23 مكرر من قانون المرافعات الجزائرية .

د. فوزي محمد سامي - المصدر السابق ، ص126 .

ويفرق الفقه عادة بين القابلية المستندة الى صفة أحد اطراف النزاع ، كأن يكون أحد الطرفين شخصا من الاشخاص الاعتبارية ويطلق عليه في الفقه (القابلية الشخصية) وبين القابلية المستندة الى موضوع العلاقة ويطلق عليها الفقه مصطلح (القابلية الموضوعية) ، في تفصيل ذلك د. هشام علي صادق ، د. حفيظة السيد الحداد - القانون الدولي الخاص ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 1999 ، ص218 وما بعدها .

فضلا عن ذلك فان قانون الارادة يحكم السبب من حيث وجوده او من حيث مشروعية السبب بوصفه الغرض او الغاية الذي يقصد الملتزم الوصول اليها من وراء تحمله لهذا الالتزام العقدي ، فانه يشترط ان يكون مشروعا وفقا لقانون العقد وكذلك وفقا لقانون القاضي[1] . وفي التحكيم نجد ان اتفاق الاطراف على التحكيم يجد سببه في ارادة الاطراف التي ترمي الى استبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الامر للمحكين وهذا سبب مشروع غالبا ، اذ لا يتصور عدم مشروعيته الا اذا ثبت ان الهدف من الالتجاء الى التحكيم هو التهرب من احكام القانون الذي كان يتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء . ونظرا لما يتضمنه هذا القانون من قيود والتزامات يراد التحلل منها ، وهو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون . فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الاطراف او حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق[2] . وتجدر الاشارة الى انه لا يختلط السبب غير المشروع بالمحل غير المشروع ، فالاول يقتضي البحث عن اجابة السؤال، لماذا لجأ الاطراف الى التحكيم ? . اما الثاني فيتعلق بتحديد الموضوع المراد تسويته بطريق التحكيم هل هو ممكن ومشروع ام لا ? .

كما تخضع حالات البطلان للقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم ، اذ يختص هذا القانون بتحديد متى يعد العقد باطلا ، او متى يعد قابلا للابطال ونطاق هذا البطلان ، وتقادم او سقوط دعوى البطلان[3] .

د. احمد حسان الغندور - المصدر السابق ، ص395 .

د. مختار احمد بريري - الاثر المانع لاتفاق التحكيم ، مجلة التحكيم والقانون ، مركز الدكتور عادل خير للقانون والتحكيم ، المجلد الثالث ، يوليو 1997 ، ص116 .

في تفصل ذلك د. مختار احمد بريري - المصدر نفسه ، ص113 وما بعدها .

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم

يقصد باجراءات التحكيم ، مجموعة القواعد الاجرائية المتتالية التي يتعين اتباعها بعد تعيين المحكم او تشكيل هيئة التحكيم وحتى صدور الحكم الذي يفصل في النزاع[1] .

وتعد اجراءات التحكيم من المسائل الجوهرية في نظام التحكيم التجاري الدولي[2] . اذ ان تيسير الاجراءات او اعاقتها يسهم الى حد كبير في تحديد مستقبل التحكيم التجاري الدولي ، كما ان عدم صحة اجراءات التحكيم غالبا ما تكون سببا لرفض تنفيذ الحكم المحكم بعد صدوره وهو ما يفقد التحكيم اهميته[3] ، فضلا عن ان اطراف النزاع عادة ما يلجأون الى التحكيم بهدف تفادي صعوبة الاجراءات في القوانين الوطنية وما يصاحبها من شكلية معينة قد تعرض مصالحهم لخطر ما ، نتيجة لعلانية القضاء الوطني وبطء اجراءاته[4].

د. ابو زيد رضوان - الاسس العامة في التحكيم ، المصدر السابق ، ص87 .

ـ د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال - المصدر السابق ، ص614 .

د. ابو زيد رضوان - الاسس العامة في التحكيم ، المصدر السابق ، ص88 .

د. ابراهيم احمد ابراهيم - التحكيم الدولي الخاص ، المصدر السابق ، ص60 .

ويلاحظ اتفاق كافة النظم القانونية على اخضاع مسائل الاجراءات التي تبدأ من ايداع صحيفة افتتاح الدعوى واعلان الاوراق القضائية ومواعيد الحضور ومواعيد تقديم الاعتراضات وتنظيم الجلسات وكيفية المرافعات الشفوية وبيان عوارض الخصومة واحكام المداولة واصدار الحكم وطرق الطعن فيه . . . وغيرها من مسائل الاجراءات التي تخضع للاختصاص المانع لقانون القاضي .

ـ في تفصيل ذلك د. احمد عبد الكريم سلامة - الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية ، من قانون المرافعات الى القانون الدولي الخاص ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988 ، ص247 .

ـ وهذا ما اكده المشرع المصري في المادة 22 من القانون المدني التي تنص على انه (يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالاجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى او يباشر فيه الاجراءات) يقابل هذا الحكم نص المادة 28 من القانون المدني العراقي وكذلك نص المادة 458 / 2 ـ 458 / 13 مكرر من قانون المرافعات الجزائري .

ـ د. ابو العلا علي ابو العلا النمر - القانون الواجب التطبيق على المسائل الاجرائية في مجال التحكيم ، الطبعة

الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999 ، ص2-3 .

فالمبدأ العام في نظام التحكيم هو حرية الخصوم في اعتماد القواعد الاجرائية التي يعتقدون بانها كفيلة بتحديد مصالحهم . ومع ذلك فان نطاق او مدى هذه الحرية تتفاوت في حالة التحكيم الخاص عنه في حالة التحكيم المؤسسي[1] ، ولتحديد القواعد الاجرائية واجبة الاتباع فضلنا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في الاول ، القواعد الاجرائية في حالة التحكيم الخاص ، وفي الثاني القواعد الاجرائية في حالة التحكيم المؤسسي .

د. فوزي محمد سامي - المصدر السابق ، ص166 .

ـ د. ابو زيد رضوان - الاسس العامة في التحكيم ، المصدر السابق ، ص100 .

المطلب الاول

الاجراءات المتبعة في حالة التحكيم الخاص

اسلفنا القول بان نظام التحكيم يقوم على مبدأ الرضائية ، هذا مبدأ يمنح ارادة الاطراف الدور الرئيس في اختيار القانون او القواعد التي يتعين على المحكم تطبيقها على اجراءات سير النزاع . وفي حالة التحكيم الخاص يبرز دور الارادة بشكل واضح ، اذ قد يتولى الخصوم بصورة مباشرة وضع او تنظيم اجراءات التحكيم دون الرجوع الى اي قانون وطني[1] ، او قد يتفقون على اتباع الاجراءات المنصوص عليها في قانون وطني معين ، وقد يتفقون على ترك هذه المهمة للمحكم او هيئة التحكيم بالنيابة عنهم ، او على اتباع الاجراءات المقررة في لائحة منظمة او مركز دائم للتحكيم[2] . ومن ثم تصبح تلك القواعد او القانون المختار هو الواجب التطبيق على اجراءات سير النزاع امام المحكم او هيئة التحكيم[3] ، وفقا للاتجاه السائد في الفقه[4] والقضاء[5] .

واذا كان الاصل في حالة التحكيم الخاص ان الاطراف هم اصحاب القرار في تنظيم اجراءات سير النزاع ، الا ان جانب من الفقه يلاحظ ان قيام الاطراف بتنظيم اجراءات التحكيم بصورة مباشرة يعد ظاهرة نادرة جدا ، ومرد ذلك من ناحية عدم توقع الخصوم لكافة المسائل التفصيلية التي يثيرها سير النزاع المعروض على التحكيم ، وان توقعوا ذلك فان قدراتهم وامكاناتهم تبقى محددة في الاحاطة بكافة تلك المسائل الفنية ومن ناحية اخرى فان هذه القواعد الاتفاقية قد تصطدم مع بعض القواعد الاجرائية الامرة او تلك المتعلقة بالنظام العام في دولة التنفيذ .

ـ في تفصيل ذلك د. ابو زيد رضوان - المصدر السابق ، ص93 ، د. ابو العلا علي ابو العلا النمر - القانون الواجب التطبيق ، المصدر السابق ، ص16-17 .

د. محسن شفيق - التحكيم التجاري الدولي ، المصدر السابق ، ص293 .

ـ د.ابو زيد رضوان - الاسس العامة في التحكيم ، المصدر السابق ، ص92 .

اذ ينظم قواعد سير المرافعات ومكان التحكيم وميعاد تقديم المستندات وكيفية سماع الشهود واجراء التحقيقات والاستعانة بالخبراء واللغة التي يجري بها التحكيم وجواز الانابة في الحضور ورد وتنحي المحكمين وانقطاع سير الخصومة واستئنافها وتسبيب او عدم تسبيب القرارات وقابليتها للاستئناف وعدم قابليتها لذلك وغيرها من المسائل الاجرائية .

د. عز الدين عبد ا - تنازع القوانين في مسائل التحكيم ، المصدر السابق ، ص57 . د. محسن شفيق - التحكيم التجاري الدولي ، المصدر السابق ، ص293 ، د. ابو زيد رضوان - الاسس العامة في التحكيم المصدر السابق ، ص92 ، د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال - المصدر السابق ، ص211 ، د. فوزي محمد سامي - المصدر السابق ، ص166 ، د. ابو العلا علي ابو العلا النمر - القانون الواجب التطبيق، المصدر السابق ، ص14.

نشير الى حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 15 يونيو 1994 في قضية مدينة الدار البيضاء ضد شركة **Degrement** وحكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 15 يونيو 1994 في قضية شركة **Sonidep** ضد **Sigmoil** في التعليق على هذين الحكمين ، د. هشام علي صادق ، د. حفيظة السيد الحداد - القانون الدولي الخاص ، المصدر السابق ص232 ، وما بعدها ، وفي اتجاه القضاء لا سيما القضاء الفرنسي والايطالي والسويسري د. ابو زيد رضوان - الاسس العامة في التحكيم ، المصدر السابق ، ص91 وما بعدها .

ان مبدأ حرية الاطراف في اختيار القانون والقواعد الواجبة التطبيق على اجراءات التحكيم اصبح ثابتا ومستقرا في التشريعات الدولية والوطنية ، ومن التشريعات الدولية نشير الى المادة الثانية من بروتوكول جنيف لسنة 1923 عندما قضت بأن (اجراءات التحكيم بما في ذلك تشكيل هيئة التحكيم تحدد بارادة الاطراف) ، والمادة 5 / 1 / د من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، عندما قضت بأن (للقاضي ان يرفض الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم اذا كان تشكيل هيئة التحكيم او اجراءات التحكيم لا تتطابق مع اتفاق الاطراف او مع قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الاطراف على تشكيل هيئة التحكيم او الاجراءات الواجب اتباعها في عملية التحكيم) ، وكذلك المادة 4 / 1 / ب من الاتفاقية الاوربية لسنة 1961 عندما قضت (بحرية الخصوم في تحكيم الحالات الخاصة في تنظيم الاجراءات . . .) .

ومن التشريعات الوطنية يلاحظ ان المشرع الفرنسي وفقا للمادة 1495 من قانون التحكيم ، سمح للخصوم حرية اختيار القواعد الاجرائية بدون الرجوع الى اي قانون وطني ، ولم يقف عند هذا الحد بل ذهب الى مدى ابعد في اقرار هذه الحرية ، إذ انه في حالة اختيار القانون الفرنسي سمح للخصوم امكانية تجزئة ما فيه من قواعد واختيار القواعد التي تتناسب مع مصالحهم واستبعاد الاخرى حتى لو كان لها طابع آمر ، وتعد من القواعد الاساسية الموجهة للخصوم في قانون المرافعات الداخلي[1] .

وفي قانون التحكيم المصري تعرضت المادة 25 لهذه المسألة عندما نصت على انه (لطرفي التحكيم الاتفاق على الاجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في اخضاع هذه الاجراءات للقواعد النافذة في اي منظمة او مركز تحكيم في جمهورية مصر او خارجها . . .) ، وهذا ما اكده المشرع العراقي في قانون المرافعات وفقا للمادة 265 / 1 التي نصت على انه (يجب على المحكمين اتباع الاوضاع والاجراءات المقررة في قانون المرافعات الا اذا تضمن الاتفاق على التحكيم او اي اتفاق لا حق عليه اعفاء المحكمين منها صراحة او وضع اجراءات معينة يسير عليها المحكمون) . وكذلك فعل المشرع

في عرض موقف المشرع الفرنسي ، د. ابو العلا علي ابو العلا النمر - القانون الواجب التطبيق ، المصدر السابق ، ص20 وما بعدها .

الجزائري في المادة 458 / 6 مكرر من قانون المرافعات المدنية التي تنص على انه (يحق لطرفي التحكيم ان يتفقا على الاجراءات التي يتعين على المحكم اتباعها . . .) .

وهكذا تصبح القواعد الاجرائية التي يتم تحديدها من قبل الخصوم جزءا من اتفاق التحكيم ، إذ يتعين على المحكم او هيئة التحكيم العمل بموجبها ، ومع ذلك قد لا يتفق الخصوم على قواعد اجرائية مباشرة او على الاحالة الى لائحة إجرائية لمنظمة او مركز تحكيم دائم ، وقد يتفق على تلك القواعد . غير ان تلك القواعد المتفق عليها قد لاتعطي كافة المسائل الاجرائية اللازمة لسير التحكيم والفصل في النزاع ، الامر الذي يتطلب من المحكم البحث عن قواعد اجرائية اخرى لتكملة هذا النقص . ومن ثم يثار التساؤل عن كيفية مواجهة المحكم لهذه المسألة[1] .

الثابت في حالة انعدام الارادة الصريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم يتم البحث عن ارادة ضمنية للاطراف ، ومع ذلك فان الوقوف على هذه الارادة كان محل خلاف ، اذ ذهب البعض الى اعتماد قانون دولة مكان اجراء التحكيم ، بحسبان ان اختيار هذا القانون يتفق مع الطبيعة القضائية للتحكيم ، فضلا عن كونه يتيح للمحم او هيئة التحكيم فرصة الوقوف على القواعد الاجرائية المطلوب تطبيقها بسهولة ويسر[2] .

في حين نجد ان الاتجاه الغالب يميل بوضوح الى استبعاد اي دور احتياطي لقواعد الاجراءات في قانون دولة مكان اجراء التحكيم . ومن ثم يخول المحكم او هيئة التحكيم حرية اختيار القانون او القواعد التي يتعين تطبيقها على اجراءات سير النزاع[3] ، بل يجوز

د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال - المصدر السابق ، ص212 .

وقد اخذت بعض الاتفاقيات الدولية بهذا الضابط ولو بصورة احتياطية ، نشير الى بروتوكولات جنيف لسنة 1923 وفقا للمادة الثانية ، فبعد ان اكدت هذه المادة على خضوع اجراءات التحكيم للقانون المختار أضافة (انه في حال عدم الاختيار فان اجراءات التحكيم تنظم بواسطة الدولة التي اخذ التحكيم من اقليمها محلا له) وهذا ما اخذت به كذلك المادة 5 / 1 / د من اتفاقية نيويورك ، وهناك العديد من احكام القضاء اعتدت بهذا الضابط ، في تفصيل موقف القضاء من هذا الضابط د. ابو زيد رضوان - الاسس العامة في التحكيم ، المصدر السابق ، ص96 وما بعدها ،

ـ د. ابراهيم احمد ابراهيم - التحكيم الدولي الخاص - المصدر السابق ، ص82 وما بعدها .

د. عز الدين عبد ا - تنازع القوانين في مسائل التحكيم ، المصدر السابق ، ص28 . د. ابو زيد رضوان - الاسس العامة في التحكيم ، المصدر السابق ، ص101 ، د. فوزي محمد سامي - المصدر السابق ، ص167 .

لهيئة التحكيم وبصورة مباشرة وضع القواعد الاجرائية التي تراها مناسبة لضروف النزاع في كل مسألة من المسائل الاجرائية التي تصادفها عملية التحكيم[1] .

هذا الاتجاه اقرته عدد من الاتفاقيات الدولية علاوة على بعض التشريعات الوطنية ، من الاتفاقيات الدولية التي سلكت هذا النهج نشير الى المادة 19 / 2 من القانون النموذجي للتحكيم لسنة 1985 عندما قضت بانه (فإن لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق ، كان لهيئة التحكيم مع مراعاة احكام هذا القانون ان تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة)[2] .

ومن التشريعات الوطنية التي اقرت هذه المسألة قانون التحكيم الفرنسي وفقا للمادة 1494 ، عندما قضت بأن (. . . وفي حالة عدم الاتفاق كان لهيئة التحكيم تحديد القواعد الاجرائية التي تراها مناسبة) ، وهذا ما اكدته المادة 25 من قانون التحكيم المصري عندما نصت على انه (. . . فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون ، ان تختار اجراءات التحكيم التي تراها مناسبة) ، وكذلك المادة 458 مكرر 6 من قانون المرافعات المدنية عندما قضت بأنه (. . . إذا لم يوجد اتفاق فإنه يجوز للمحكم ان يتبع ما يراه ملائما من الاجراءات . . .) .

وتجدر الاشارة الى ان تمتع الخصوم بهذه الحرية وفقا للقانون الفرنسي مقصورة فقط على حالات التحكيم التجاري الدولي . اما في التحكيم والوطني فان الخروج على الاحكام الامرة في القانون الفرنسي تعد سببا لبطلان اتفاق التحكيم[3] .

ونعتقد ان اطلاق حرية المحكم او هيئة التحكيم في انشاء او اختيار القواعد الاجرائية فيه بعض المحاذير من التعسف في استعمال هذه الحرية ، خاصة اذا لم يكن هناك بعض

د. ابو العلا علي ابو العلا النمر - القانون الواجب التطبيق ، المصدر السابق ، 58 .

وهذا ما اكدته المادة الرابعة من اجراءات مركز ابو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري لسنة 1993 عندما نصت بانه

(فيما لم يرد به اتفاق خاص بين الخصوم فتخص هيئات التوفيق والتحكيم بتحديد القواعد الاجرائية او الموضوعية اللازمة للفصل في النزاع المعروض عليها . . .) وكذلك المادة السادسة من نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة دبي لسنة 1994 التي قضت على انه (تطبق القواعد الاجرائية التي يتفق عليها الاطراف على اي نزاع يقدم الى الغرفة للتوفيق او التحكيم . . وفي حالة عدم اتفاقهم تحدد هيئة التوفيق او التحكيم القواعد الاجرائية الواجبة الاتباع دون الاخلال بالاحكام الامرة في القوانين واجبة التطبيق في الامارة) .

في عرض موقف المشرع الفرنسي د. ابو العلا علي ابو العلا - القانون الواجب التطبيق ، المصدر السابق ، ص20 وما بعدها .

الضوابط التي يمكن ان تشكل حد ادنى من القيود على حرية المحكم في استعمال سلطته التقديرية الواسعة . لذا يرى جانب من الفقه[1] ، انه (يتعين على هيئة التحكيم اختيار نظام اجرائي له صلة بالنزاع المطروح عليها ، على نحو لا يخل بتوقعات الطرفين المشروعة ، كنظام مكان التحكيم او نظام المكان الذي ينفذ فيه حكم التحكيم او يكون تنفيذه فيه الاكثر احتمالا ، او النظام الذي تكون احكامه اكثر استجابة لطبيعة النزاع ، ولا يكون لها ان تختار نظاما اجرائيا لا تربطه بالنزاع صلة ما تبرر اختياره ، وعندما تتعدد القوانين ذات الصلة بالعلاقة يكون عليها ان تسبب اختيارها لقانون دون غيره من القوانين .

د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال - المصدر السابق ، ص229 .

المطلب الثاني
الاجراءات المتبعة في التحكيم المؤسسي

اذا كان الاصل في نظام التحكيم حرية الخصوم في الاتفاق على القواعد الاجرائية التي تحكم سير النزاع امام المحكم او هيئة التحكيم ، الا ان واقع حال التحكيم التجاري الدولي يؤكد امكانية الخروج عن هذا الاصل ، لاسيما في حالة اتفاق الخصوم على احالة ما يثار بينهم من منازعات الى هيئة او مركز دائم للتحكيم . اذ في هذه الحالة يجري التحكيم وفقا لما تقرره القواعد المتبعة في المؤسسة التحكيمية[1] ، بحسبان ان الهيئات والمراكز الدائمة للتحكيم اصبحت تتمتع بقواعد اجرائية مستقلة[2] . ولم يعد للخصوم في مثل هذا التحكيم سوى اختيار المحكم او المحكمين من القائمة التي تعدها هيئة التحكيم[3] ، واختيار مكان التحكيم[4] .

واستقلال هيئات التحكيم بقواعدها الخاصة هو ما يميز التحكيم التجاري الدولي بوصفه تحكيم منظم تسري فيه الاحكام اللائحية على اجرءات التقاضي امامها ، اذ اصبح الغالب اذعان الخصوم للقواعد المقررة في لائحة الهيئة او المركز[5] ، بعبارة اخرى لم تكتفِ هذه الهيئات او المراكز بوضع قواعدها بل احتفظت لنفسها باختصاص معين في تطبيق تلك القواعد الخاصة بسير اجراءات التحكيم[6] . ومن ثم يمكن القول ان معيار

د. فوزي محمد سامي - المصدر السابق ، ص168 .

د. ابو زيد رضوان - الاسس العامة في التحكيم ، المصدر السابق ، ص105 .

واذا لم يقم الخصوم باختيار المحكمين كان لهيئة او مركز التحكيم استكمال ذلك والاختيار من قوائمها حسب التخصص وفقا للقواعد المقررة في لوائحها .

ـ د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال - المصدر السابق ، ص133 .

والاصل يحدد الخصوم مكان اجراء التحكيم لما لهذا المكان من اهمية بالغة اذ غالبا ما يتحدد على ضوئه القانون الواجب التطبيق على بعض مسائل التحكيم . واذا لم يتفق الخصوم على مكان اجراء التحكيم الدولي تولى امر هذا التحديد مركز او هيئة التحكيم مع مراعاة ظروف التحكيم .

ـ د. منير عبد المجيد - التنظيم القانوني ، المصدر السابق ، ص149 .

د. ابو زيد رضوان - الاسس العامة في التحكيم ، المصدر السابق ، ص104-105 .

د. ثروت حبيب - المصدر السابق ، ص266 .

التحكيم المؤسسي هو اتجاه الخصوم في الخضوع مقدما للائحة تحكيم خاصة بهيئة او مركز دائم للتحكيم يكفل تطبيقها[1] ، بمعنى ان مجرد الاتفاق على اجراء التحكيم لدى هيئة او مركز معين يعني في ذات الوقت الاحالة الى القواعد الاجرائية المقررة لدى هذه الهيئة او المركز[2] .

ويبدو ان التحكيم المؤسسي أوسع انتشارا في الوقت الحاضر ، لما تقدمه هيئات ومراكزالتحكيم من خدمات وتسهيلات تجعل اطراف النزاع تلتقي بالاتفاق على مبدأ التحكيم دون ان تصرف الوقت والجهد في تنظيم اجراءاته تاركين امر هذا التنظيم الى هيئة التحكيم المعنية[3] . هذا الحل اخذت به غالبية لوائح هيئات ومراكز التحكيم التجاري الدولي ، منها على سبيل المثال المادة 11 من نظام غرفة التجارة الدولية في باريس عندما قضت بأنه (ان القواعد الواجبة التطبيق على الاجراءات امام المحكم هي تلك المستمدة من هذا النظام . وعند سكوتها عن معالجة امر معين ، يجب تطبيق القواعد التي تحددها الاطراف ، وعند انتفاء تحديد الاطراف يتولى المحكم تحديدها سواء احال بشأنها الى قانون اجرائي وطني او لم يحل اليه)[4] ، وكذلك المادة 23 / 1 من قواعد التوفيق والتحكيم والخبرة للغرفة التجارية العربية الاوربية لسنة 1982 عندما قضت بأن (تطبق على اجراءات التحكيم القواعد الواردة في هذا النظام ان وجدت ، والا فالقواعد التي يختارها الاطراف صراحة ، وان لم يحصل مثل هذا الاختيار فتطبق القواعد التي يرى المحكم انها اكثر ملائمة للوصول الى حل سريع واقتصادي ونهائي للنزاع)[5] ، وهذا ما قررته محكمة التحكيم التي انشأتها اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات وبين مواطني الدول العربية الاخرى الموقعة عام 1974 ، عندما اكدت بأن (تتم اجراءات

د. احمد حسان الغندور - المصدر السابق ، ص51 .

د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال - المصدر السابق ، ص133 .

د. محسن شفيق - التحكيم التجاري الدولي ، المصدر السابق ، ص97 .

وهذا ايضا ما اكدته المادة الثانية من هذا النظام عندما قضت بأنه (اذا اتفق الاطراف على اللجوء الى تحكيم غرفة التجارة الدولية فانها تخضع لهذا النظام ، وتطبق على التحكيم في مثل هذه الاحوال القواعد الاجرائية السائدة في المركز وقت التحكيم) اشار اليه د. منير عبد المجيد - التنظيم القانوني ، المصدر السابق ، ص146 وما بعدها .

اشار اليها د. فوزي محمد سامي - المصدر السابق ، ص173 .

التحكيم والفصل في النزاع متى وافق الطرفان على التحكيم . . . طبقا للقواعد الاجرائية المنصوص عليها في الاتفاقية ، او اي قواعد اخرى يقرها مجلس الوحدة الاقتصادي[1] .
وتجدر الاشارة الى ان غالبية لوائح هيئات ومراكز التحكيم الدائمة تقرر قاعدة اساسية وهي تطبيق القواعد المستمدة من نصوصها على اجراءات التحكيم ، وفي حالة سكوت او قصور هذه اللائحة عن بعض هذه الاجراءات يجوز للمحكمين تكملة هذا النقص[2] .

ويبرر الاقرار بهذه القواعد الاساسية في اختلاف وتباين التشريعات الوطنية في تنظيم التحكيم التجاري الدولي ، هذا الاختلاف ليس في صالح استقرار التجارة الدولية لأنه يؤدي الى التنازع بين القوانين ، ومن ثم الى القلق على مصير اتفاقات التحكيم والشك في صحة الاجراءات التي تتبع في شأنها وفي حجية القرار الذي ينتهي اليه ، لذا اهتمت هيئات ومراكز التحكيم باصلاح هذا الحال . واتبع كل منها الاسلوب الذي يتفق مع نظامها القانوني على نحو يؤدي الى توحيد الاجراءات على كافة النزاعات التي تعرض عليها .

هذا الحكم تم التأكيد عليه في المادتين 14 و 15 من هذه اللائحة ، اشار الى ذلك د. ابو زيد رضوان - الاسس العامة في التحكيم ، المصدر السابق ، ص108-109 .

في تفصيل وعرض العديد من لوائح الهيئات ومراكز التحكيم الدائمة ، د. ابو زيد رضوان - المصدر نفسه ، ص106 وما بعدها .

البـــــاب الثالث

تطبيق المحكم للقواعد القانونية في حل النزاع

الباب الثالث

تطبيـ_ـ_ـ_ـ_ـ_ـ_ـ_ـ_ـق المحكم

للقواعد القانونية في حل النزاع

اتضح من الباب السابق , ان المحكم الدولي عند حسمه للنزاع في الغرض الذي لا يختار فيه الاطراف القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، يتمتع بحرية في تطبيق هذا القانون ، فهو غير ملزم بتطبيق قواعد قانونية معينة ، اذ يجوز له حسم النزاع وفقا لمنهج تنازع القوانين والوصول الى تحديد القانون الواجب التطبيق عبر الاداة الفنية التي يراها اكثر ملائمة ، اما لكونها ترتبط بصلة وثيقة بموضوع النزاع او باطراف العلاقة ، وتأكيدا لحرية المحكم يجوز له ايضا ان يختار قانونا وطنيا معينا يحسم النزاع المطروح امامه وفقا للقواعد الموضوعية لهذا القانون ، دون المرور عبر منهج تنازع القوانين ، بل للمحكم كذلك حسم النزاع بصورة مباشرة وفقا لقواعد لا تنتمي الى اي قانون وطني ، اذ قد يجد المحكم نفسه مضطرا للخروج عن القوانين الوطنية ذات الصلة ، اما لكونها لا تعطي حلا عادلا او لكونها لا تتواكب مع مقتضيات التجارة الدولية . لذا قد يلجأ الى حل النزاع وفقا لقواعد انشأتها العادات والاعراف التجارية الدولية ، بحسبانها اكثر ارتباطا بالعقد من اي من القوانين الوطنية[1] .

لذا سنقسم هذا الباب الى فصلين ، نتناول في الاول بيان كيفية تطبيق المحكم لقواعد قانونية ذات طابع وطني ، وفي الفصل الثاني سنتناول كيفية تطبيق المحكم الدولي لقواعد قانونية ذات طابع دولي .

في دراسة اجرتها الاستاذة **Deby Gerard** على خمسة وثلاثين حكم تحكيم اجرتها هيئات التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في مناسبات عدة تبين ان تلك الهيئات طبقت القوانين الوطنية في 28 حكم ، والسبعة الاخرى طبقت عادات واعراف التجارة الدولية . في تفصيل ذلك ، د. محمود مسعد ـ ضمانات وسائل تسوية منازعات الاستثمار الاجنبي في المملكة العربية السعودية ، الرياض ، 1980 ، ص150 .

الفصل الاول

تطبيـــــــــــــــق المحكم

لقواعد قانونية ذات طابع وطني

ان تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع ، يعتبر من الامور الجوهرية والاساسية التي تواجه المحكم عند النظر في موضوع النزاع ، ويصدر حكمه بين طرفي الخصومة موضوع التحكيم . والمحكم عندما يقوم باختيار القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع المعروض امامه ، يكون ذلك من خلال البحث عن ارادة الخصوم الصريحة ، وقد لا يتفق الاطراف صراحة على اختيار قانون معين ، ويتعذر على المحكم التوصل الى ارادة الاطراف الضمنية من خلال ظروف وملابسات القضية المعروضة امامه ، وفي هذه الحالة يلجأ المحكم الى اعمال قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص .

لذا سنقسم هذا الفصل الى مبحثين ، نرى في الاول كيفية تطبيق المحكم الوطني لقانون من اختيار اطراف النزاع ، وهذا يتمثل في (قانون الارادة) ، وفي الثاني سنرى كيفية تطبيق المحكم لقواعد تنازع القوانين .

المبحث الاول

تطبيق المحكم لقانون وطني من اختيار اطراف النزاع

(قانون الارادة)

أسلفنا البيان بأن عقود التجارة الدولية تخضع كمبدأ عام لقانون الارادة ، فالقاضي الوطني عند نظره للنزاع ملزم بتطبيق القانون المختار من قبل الاطراف . وفي التحكيم التجاري الدولي نجد ان حرية الاطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح على التحكيم ، ما هو الا تطبيق للمبدأ السابق . اما اذا لم يحدد الاطراف صراحة القانون الواجب التطبيق ، فهنا تثار مشكلة تنازع القوانين[1] .

ومن الثابت في تحكيم المنازعات التجارية الدولية ، ان المحكم عند تحديده واختياره للقانون او للقواعد الموضوعية التي تحكم موضوع النزاع ، يبحث عن هذا القانون من خلال ارادة الخصوم الصريحة او الضمنية ، لذا سنقسم هذا المبحث الى مطلبين ، في الاول سنرى كيفية تطبيق المحكم لقانون الارادة الصريحة ومن ثم سنرى كيفية تطبيق المحكم لقانو الارادة الضمنية .

مع الاخذ بالحسبان من ناحية القواعد ذات التطبيق المباشر وقواعد النظام العام في قانونه ، وذلك في الغرض الذي يكون فيه القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة اجنبية ، ومن ناحية ثانية ان لا يكون هذا الاختيار مشوبا بالغش نحو القانون الذي كان من المفروض تطبيقه على موضوع النزاع ، ومن ناحية ثالثة ضرورة توافر صلة كافية بين العقد والقانون المختار .

المطلب الاول

تطبيق المحكم لقانون الارادة الصريحة

يترتب على الاصل التعاقدي للتحكيم قيام المحكم بتطبيق القانون الذي اتفق عليه الاطراف[1] . اذ ان اختيار الاطراف لقانون معين ليحكم العقد بناءا على مبدأ قانون الارادة ، يجعل هذا الاختيار غير خاضع لاي قيود تفرض من قبل المحكم ، بل ان الاطراف المتعاقدة تتمتع بحرية كاملة في الاختيار على نحو لا يتطلب حتى وجود صلة موضوعية بين العقد والقانون المختار[2] .

ومرد ذلك اختلاف التحكيم عن القضاء باصله الاتفاقي ، فالمحكم خلافا للقاضي لا يخضع لقانون وطني معين او يستمد ولايته من هذا او ذاك ، وانما يخضع لارادة الاطراف ويستمد ولايته منها ، بحسبان ان المحكم ليس له قانون قاضي (**Lex fori**) ، على غرار القاضي الوطني[3] . ومن ثم ليس له استبعاد الارادة المشتركة للاطراف[4] ، شريطة ان تتجه

– **Fouchard (Ph) : Arbitrage commercial international , Paris , 1965 , Vol. 11 , P. 365**

ـ كذلك د. هشام علي صادق ـ مدى سلطة المحكمين في اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد الخمسون ، 1994 ، ص117 .

اذ نجد ان عددا من احكام المحكمين طبقت قانونا ليس له ادنى صلة بالنزاع ، ففي دعوى مرفوعة من شركة نرويجية ضد شركتين بلغارية واثيوبية ، أتفق على تطبيق القانون السويسري ، فاقر المحكم مثل هذا الاتفاق على اساس انه لابد ان يؤخذ في الحسبان ان الاطراف ينتمون الى دول ذات نظم قانونية مختلفة ، وقد اتجهت ارادة الاطراف الى تفادي اي مشكلة لتنازع القانون السويسري ، وان كان ليس لهذا القانون ادنى علاقة بالعقد ، الا ان هذا الاختيار تسوغه مصلحة قانونية . د. بهاء هلال دسوقي ـ المصدر السابق ، ص107 .

د. سلامة فارس عرب ـ المصدر السابق ، ص628 .

بل ان بعض احكام التحكيم رفضت استبعاد تطبيق القانون المختار باسم النظام العام الوطني ، اخذة بمفهوم النظام العام الدولي ، الذي يعد من اهم مبادئه هو مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) ، وعليه رفضت هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس اتباع احكام القانون السوري المتعلقة بالنظام العام ، التي تقضي بمقاطعة الشركات التي تتعامل مع (الكيان الصهيوني) ، وذلك لتعارض النظام العام السوري ، وفقا لهذا المبدأ مع ما اسماه بحرية التجارة الدولية ومبادئ عدم التمييز التي تتعلق في تقديرهم بالنظام العام الدولي ، الذي يجب على المحكم اعلائه على النظام العام الوطني .

ـ حكم محكمة التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية في باريس ، رقم 3916 لسنة 1983 منشور في **Rev. Arb. 1984 , P. 93** ، ولعل هذا القرار يكشف بجلاء مخاطر عرض منازعات عقود التجارة الدولية مع قضاء التحكيم الغربي بالنسبة للعقود التي يكون احد طرفيها دولة نامية او احد مواطنيها .

هذه الارادة الى تحديد قانون معين بصورة صريحة سواء تم هذا التحديد عن طريق احد بنود العقد الاصلي محل النزاع ، ام بمقتضى مشارطة تحكيم مستقلة[1] , ولما كان لمبدأ قانون الارادة دوره الهام في تأكيد وضمان التوقعات المشروعة للمتعاقدين , فقد نصت العديد من التشريعات الوطنية والدولية بصورة قاطعة على منح الاطراف المتعاقدة حرية كاملة في اختيار قانون ما ليكون هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع .

ففي التشريعات الدولية نلمس هذه الحرية في المادة 7 / 1 من الاتفاقية الاوربية للتحكيم لسنة 1961 ، عندما قضت بانه (للاطراف الحرية في اختيار القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع . . .) . وهذا هو شأن المادة 28 / 1 من القانون النموذجي للتحكيم لسنة 1985 ، التي أكدت على انه تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا للقواعد الموضوعية التي اختارها الطرفان بحسبانها الواجبة التطبيق على موضوع
النزاع . . .) ، كذلك المادة 21 / 1 من الاتفاقية العربية للتحكيم (اتفاق عمان) لسنة 1987 بقولها (تفصل في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين واحكام القانون الذي اتفق عليه صراحة او ضمنا ان وجد . . .) ، كما تم تأكيد حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التشريعات الوطنية للتحكيم ، منها على سبيل الذكر المادة 1496 / 1 من قانون التحكيم التجاري الفرنسي ، التي قضت على انه (ينبغي على المحكم حسم النزاع وفقا لقواعد القانون الذي اختاره الاطراف . . .) ، وكذلك المادة 39 / 1 من قانون التحكيم المصري ، التي تنص على انه (تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان . . .) ، وهذا هو شأن المشرع الجزائري ، حيث يطبق على الالتزامات التعاقدية من حيث الموضوع القانون المختار من قبل المتعاقدين (قانون
الارادة) , وقد نصت المادة 18 / 1 من القانون المدني بقولها (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون اخر)

وفي عقود الدولة أكدت المادة 42 / 1 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الاخرى على انه (تفصل محاكم التحكيم التابعة للمركز في النزاع المعروض عليها وفقا للقواعد القانونية التي اتفق الاطراف . . .) . في عرض مفصل لحكم هذه المادة ، د. جمال الدين ـ نظرات في القانون الواجب التطبيق وفقا للمادة 42 / 1 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار (**CIRDI**) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 ، ص15 ومابعدها .

كما نصت المادة 106 من نفس القانون على انه (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه او تعديله الا باتفاق الطرفين ، او للاسباب التي يقررها القانون) .

اما المشرع العراقي , فقد ذهب الى نفس الاتجاه وأقر القاعدة المذكورة حيث تنص المادة 25 من القانون المدني على انه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين ، اذا اتحدا موطنا ، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان او تبين من الظروف ان قانونا اخر يراد
تطبيقه) . كذلك نصت المادة 146 مدني بقولها (اذا نفذ العقد كان لازماً ، ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي) . وهذا معناه ان العقد هو القانون الاتفاقي الذي يلتزم به المتعاقدين ، فهو يقوم مقام القانون في تقديم العلاقات العقدية ، ويطبقه المحكم عليهما كما يطبق القانون .

وهكذا نصل الى ان حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، امام هيئات التحكيم غير مقيدة . اذ لهم حرية الاتفاق على قانون دولة ما يرون فيه تحقيقا لمصالحهم المشتركة ، فقد يكون قانون الدولة التي ينتمي اليها اي منهم او قانون مكان ابرام العقد او قانون مكان اجراء التحكيم او اي قانون اخر يرونه اكثر حيادا[1] . بل لهم ايضا حرية الاتفاق على تطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية ، ومع ذلك قد لا يقوم الاطراف بتحديد او اختيار القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع . لذا نكتفي بهذه الاشارة كون بحثنا في هذا المبحث يقتصر على القواعد الموضوعية ذات الطابع الوطني ، وسوف نبين موقف الاتفاقيات وهيئات التحكيم الدولية بشكل مفصل في الفصل الثاني من هذا الباب .

وتجدر الاشارة الى انه في حالة اتفاق الاطراف على تطبيق قانون دولة معينة ، فان ذلك يعني تطبيق القواعد الموضوعية **Les regles Materilles** وليس قواعد تنازع القوانين **Les regles de conflit des Lois** ما لم يتفق الاطراف على خلاف ذلك . د. أحمد ابو الوفا ـ التحكيم في القانون الدولي وفي القانون المصري ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد الخمسون ، 1994 ، ص91 .

ولكن اذا كان للارادة هذا الدور في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، فان هذا لا يعني ان حرية الاطراف مطلقة في هذا الشأن , بل هي محدودة باعتبارات النظام العام وعدم التحايل على القانون المفروض اصلا لتحكيم النزاع ، وعليه سنتناول نقطتين هامتين نوضح من خلالهما اولا دور الارادة الصريحة في اختيار القانون الواجب التطبيق ، وفي الثانية مدى حرية الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق .

الفرع الأول
دور الارادة الصريحة في اختيار القانون الواجب التطبيق

ان لارادة الاطراف دور كبير في مجال العقود الدولية ، فنجد لهذه الارادة دورا اساسيا في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو استبعاد تطبيق قانون
معين ، ومع ذلك فان هذا الدور للارادة يبقى بحاجة الى تفسير ، وذلك من حيث بيان اساسه القانوني والذي يمكن ان نجده في قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) ومبدأ حرية الارادة .

ولما كان المحكم في مجال العقود الدولية ، ذات الطبيعة الخاصة يلعب دور القاضي في مجال المنازعات ذات الطابع الوطني ، فان التساؤل الذي يثار هنا هو ، ما دور المحكم في حالة ما اذا كانت ارادة احد الطرفين المتنازعين معيبة بعيب من عيوب الارادة . . . ؟ .

وهناك مسألة اخرى لا تقل اهمية وهي ان اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح على قضاء التحكيم قد يكون من قبل الطرف الاقوى في العقد ، وهذا ما يحصل غالبا في العقود الدولية ذات الشكل النموذجي ، بحيث يكون قانون الارادة هو في الواقع اعمالا لارادة الطرف الاقوى في العقد واذعانا من الطرف الاخر ، وغالبا ما يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني للطرف القوي ، وفي هذه الحالة تثار مسألة امكانية تطبيق احكام وقواعد الاذعان ، بمعنى هل بامكان المحكم ان يعدل من الشروط التعسفية حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية . . ؟ .

كذلك يمكن ان تطرأ على العقد بعض الظروف الاستثنائية ، التي تجعل تنفيذ التزامات احد المتعاقدين مرهقا بحيث تهدده بخسارة جسيمة ، فما هو دور المحكم في مواجهة مثل هذا الاحتمال . . . هل يستطيع المحكم ان يوازن بين مصلحتي الطرفين المتعاقدين ، ويرد الالتزام المرهق الى الحدود المعقولة وفق مقتضيات العدالة كما تقتضي بذلك احكام القوانين الوطنية . . . ؟

هذه التساؤلات سنحاول الاجابة عليها من خلال التعرض للمسائل التالية :

موقف المحكم من الدفوع الخاصة بعيوب الارادة .

مدى سلطة المحكم في تطبيق الاحكام الخاصة بعقود الاذعان .

مدى امكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال التحكيم الدولي .

أولاً : موقف المحكم من الدفوع الخاصة بعيوب الارادة :

للاجابة عن هذا التساؤل نقول ان الارادة التي يعتد بها يجب ان تكون ارادة سليمة وخالية من العيوب ، ولا يتحقق ذلك الا اذا كان المتعاقد وقت ابرام العقد على بينة من امره وكانت حريته في التعاقد كاملة ، فاذا لم يكن المتعاقد حرا مختارا في اقدامه على التعاقد او في قبوله لشروط العقد ، فان رضاءه لا يكون سليما بل معيبا ، وعلى هذا الاساس يجب ان تكون ارادة الاطراف في عقود التجارة الدولية سليمة وخالية من العيوب ، طالما ان مبدأ سلطان الارادة في هذه العقود له مكانة بارزة في حل المنازعات التي قد تنشأ بينهم واختيار القانون الذي يحكم العقد محل النزاع ، والمحكم كالقاضي يتصدى للفصل بالنزاع وقول الحق وتحقيق العدل والانصاف بين الاطراف وفقا للقواعد القانونية التي يحددها الاطراف . واتفاق التحكيم كاي عقد يتم بالايجاب والقبول ضمن الشروط المطلوبة قانونا في سائر العقود ، من حيث اهلية المتعاقدين وانتفاء شوائب الرضا ووجود موضوع للعقد وصفة المتعاقدين ، وقد ابدت ذلك الاتفاقيات الدولية حيث جاء النص في المادة (5 / 1) من اتفاقية نيويورك عام 1958 بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها كما يلي :

لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناءا على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم الا اذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب اليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على :

ان اطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية ، كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الاهلية او ان الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي اخضعه له الاطراف او عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم[1] .

ويلاحظ في هذا الصدد ان اتفاقية نيويورك لم تحدد قواعد معينة يصار بموجبها معرفة اهلية الاطراف وانما تركت ذلك للقانون الواجب التطبيق على الاطراف اي ان رفض تنفيذ القرار التحكيمي ، يمكن أن يتخذ اذا اثبت طالب الرفض ان احد اطراف النزاع كان عند اتفاقه على التحكيم لا يتمتع بالاهلية اللازمة للقيام بذلك التصرف وذلك طبقا للقانون المطبق على ذلك الطرف .

ويفترض سلامة ارادة المتعاقدين من العيوب عند انعقاد العقد ، ولذلك لا يلتزم من يتمسك بانعقاد العقد صحيحا باثبات توافر الاهلية او خلو رضا المتعاقدين من العيوب ، بل انه اذا ادعى شخص عدم توافر الاهلية او وجود عيب من العيوب فعليه اقامة الدليل على ما يدعيه ، هذا من جهة الادعاء .

اما من جهة الخطوات التي يجب ان يتخذها المحكم في مجال عقود التجارة الدولية في هذا المجال ، فيجب ان يقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم المسائل المتعلقة بركن الرضا والاهلية في اتفاق التحكيم ، وبالرجوع الى نص المادة الثانية من الاتفاقية المذكورة اعلاه ، نجد انه لم تنص على كيفية معالجة المشكلات التي تتعلق بركن الرضا في اتفاق التحكيم ، حيث اكتفت بما ورد في المادة الخامسة ، بمناسبة تنفيذ حكم التحكيم ليست مطلقة ، و انما يجوز للطرف الذي يحتج عليه بالحكم ان يهدمها باقامة الدليل على توفر احد بنود المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك امام قاضي التنفيذ ، هذا وان

د. فوزي محمد سامي ـ المصدر السابق ، ص45 .

كافة الدفوع المتعلقة بعيوب الارادة تخضع لساطة هيئة التحكيم التي يجب عليها ان تتأكد من وجود وصحة اتفاق التحكيم بمختاف اركانه .

اما اذا اثار احد اطراف النزاع ، بانه كان ناقص الاهلية بسبب السن او توافر احد عوارض الاهلية (كالسفه والعته والجنون) فان تحديد ذلك انما يكون على هدى (القانون الذي ينطبق عليه) حسب تعبير نص المادة (5 / 1) من اتفاقية نيويورك ، اي حسب قانون الشخص ، ولم توضح حقيقة المقصود بذلك التعبير في ظل انقسام دول العالم الى مجموعتين اساسيتين ، دول تعتبر ان قانون الجنسية هو القانون الشخصي ودول اخرى تأخذ بقانون الموطن .

وازاء ذلك العجز عن الوصول الى حل واضح يشمل كافة العروض ، فقد اتجه الرأي الى استلهام ما اطلق عليه (المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص) ، كما تستخلصها هيئات التحكيم في احكامها ، والتي تعتبر ان الجهل بقواعد القانون الاجنبي غير المألوفة الذي يقدر فيه الشخص الاخر جزءا لا يتجزأ منها . ومن المؤكد ان هذا الاتجاه يعكس شعورا عاما لدى المحكمين بأنه من غير المألوف او المستحب ان يبرم الشخص اتفاق التحكيم ويطمئن الطرف الاخر الى سلامته ثم يفاجأ هذا الاخير بادعاء مقتضاه ان اتفاق التحكيم كان منذ البداية باطلا لسبب يرجع الى انعدام او نقص اهلية الطرف الاخر الذي ابرم معه الاتفاق باعتبار ان هناك قرينة مقتضاها ، ان الاصل في المتعاملين دوليا انهم يملكون اهلية كاملة في ابرام كافة التصرفات الداخلة في نطاق معاملاتهم .

ثانيا : سلطة المحكم في تطبيق الاحكام الخاصة بعقود الاذعان :

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 110 من القانون المدني على انه (اذا تم العقد بطريقة الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضي ان يعدل هذه الشروط وان يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) .

وعليه فانه اذا تضمن عقد الاذعان شرطا تعسفيا ، جاز للقاضي ان يعدل من هذا الشرط وله فضلا على ذلك ان يعفي الطرف المذعن من هذا الشرط ، ويكون الشرط تعسفيا اذا كان المتعاقد الذي يريد التحال منه لا يقبله اذا كانت له حرية مناقشة الطرف الاخر فيه ، وبالتالي فان القاضي يستطيع ان يحمي الطرف المذعن من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه محتكر قانوني او فعلي ، وتقدير ما

اذا كان الشرط تعسفيا مسألة وقائع يتبين منها القاضي في ضوء الظروف ومدى ما في الشرط من جور او شدة . وان تدخل القاضي في تعديل العقد ، هو من الاستثناءات الواردة على سبيل الحصر ولا يستطيع ان يثيرها من تلقاء نفسه وانما بناءا على طلب احد الاطراف[1] .

والسؤال هنا هل يمارس المحكم في منازعات التجارة الدولية نفس سلطة القاضي الوطني ، اذا ما توافرت في العقد الدولي شروط تطبيق نظرية الاذعان . . . ؟

للاجابة على هذا التساؤل ، لا بد ان نشير اولا الى ان غالبية عقود التجارة الدولية ان لم تكن جميعها هي عقود نموذجية مطبوعة ، وبالتالي فان اجابتنا تستلزم البحث فيما اذا كان العقد النموذجي يعتبر من عقود الاذعان ام لا . . . !

في البداية لابد ان نوضح ان المقصود بالعقود النموذجية هو انها عبارة عن مجموعة من القواعد والاحكام التي يضعها تجار سلعة معينة في منطقة جغرافية محددة ، ويلتزمون بها في معاملاتهم ويجوز لهم ادخال بعض التعديلات عليها بخصوص كل تعامل على حده شريطة ان ينال هذا التعديل من جوهر الشروط في مجموعها ، وتحرير هذه الشروط عادة في صيغة نماذج مطبوعة ، ويراعى في كل نموذج ما قد يطرأ على السلعة محل التعاقد من ظروف ، ولاطراف العلاقة اختيار ما يروق لهم من نموذج كي يتم التعاقد على هديه[2] .

ومن امثلة هذه العقود عقود مقاولات البناء والهندسة الصناعية بانواعها المختلفة وعقود المنشآت الصناعية والتوريدات الدولية وعقود الترخيص الدولية .

يتضح مما تقدم ان العقود النموذجية تقترب من عقود الاذعان ، من حيث مظهرها الخارجي ، وهو تشابه في طبيعتهما واستعمالهما ، فالعقود النموذجية لها بعض المميزات التي تجعلها مختلفة تماما عن عقود الاذعان ، ومن هذه المميزات ان العقود النموذجية لا تنظمها جهة محتكرة ومتفوقة اقتصاديا تفوق يتعلق بسلعة تعتبر من الظروريات الاولية

د. ثروت حبيب ـ دراسة في قانون التجارة الدولية ، القاهرة ، 1975 ، ص72 .

د. ابراهيم احمد ابراهيم ـ التحكيم الدولي الخاص ، القاهرة ، 1986 ، ص111 .

للمستهلكين ، بل ان هذه النماذج تم تنظيمها ووضعها من قبل هيئات مستقلة ذات خبرة وهدفها الاساسي هو تعزيز التعامل في مجال التجارة الدولية ، وجعله مستقرا وفق قواعد معروفة للاطراف ، ولذلك فان وضع شكل نموذجي لعقد ما من عقود التجارة الدولية , لا يعتبر بذاته سلب لارادة طرفية او لارادة احدهما بل على العكس يعتبر العقد النموذجي عند الاتفاق على استعماله قانونا استقر اطراف العقد على اختيار شروطه لتنظيم تعاملهم[1] .

وهذا يعني بالنتيجة ان العقود النموذجية ، لا تعتبر من عقود الاذعان بالمعنى المحدد لهذه العقود الاخيرة في القوانين المدنية[2] . ومع ذلك اذا ما ثبت للمحكم بان العقد النموذجي محل النزاع لا يختلف في شروطه عن العقود النموذجية الموضوعة من تجار او هيئات او جمعيات تتعامل بنفس السلعة ، بحيث يتيقن المحكم من وجود احتكار فعلي لهذه السلعة ولم يكن امام الطرف المتعاقد مع تجار تلك السلعة اي خيار وتضمن العقد النموذجي بعض الشروط التعسفية ، ففي هذه الحالة يعتقد بانه بامكان المحكم ان يعامل هذا العقد النموذجي معاملة عقود الاذعان . وبالتالي للمحكم سلطة تقدير ما اذا كان البند تعسفيا فيعدله او يلغيه كليا . وله كذلك ان يعفي الطرف المذعن من تنفيذ الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الاذعان .

ثالثا : تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال التحكيم التجاري الدولي :

ان العقود الدولية هي عقود زمنية سواء كانت ذات تنفيذ مستمر او ذات تنفيذ دوري فالزمن هو العنصر الجوهري فيها ، وبقدر ما تمتد مع الزمن بقدر ما يكون تغير الظروف محتملا نتيجة للاخطار الخارجية والكوارث الطبيعية ، وتعتمد الانظمة القانونية المقارنة ازاء هذه الاخطار القاعدة المعروفة (العقد شريعة المتعاقدين) ، التي يلتزم فيها الاطراف بتنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه من بنود .

د. سعد ناجي القشطيني ـ دراسة في الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية العراقية كعقد نموذجي ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1975 ، ص55 .

ان العقود الدولية التي تتم فيها المفاوضة بحرية تامة فيما بين اطرافها اختفت او كادت ، في الوقت الحاضر تلبس ثوبا نموذجيا تحدد فيه بدقة كل الشروط الاساسية بل واغلبية الشروط التفصيلية ، ولم يبقَ الا بعض الفراغات اليسيرة التي يملأها المتعاقدون ، وحسب وجهة النظر هذه ، ان العقود النموذجية ما هي الا احد صور عقود الاذعان .

ـ د. سلامة فارس عرب ـ المصدر السابق ، ص383 .

لكن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا يعمل به على الاطلاق ، فمجاله محدود او مقيد بالنظام العام والاداب العامة وحسن النية وباتفاق المتعاقدين انفسهم حول تعديله ، ومن ثم فان الاطراف الرابطة العقدية في العقود الدولية ان تعدل وتلائم الشروط المقترنة بها شريطة عدم مخالفتها للقواعد القانونية الامرة او النظام العام او الاداب العامة وذلك في حدود العناصر الطبيعية للعقد .

وعلى هذا الاساس يحرص المتعاملون الاقتصاديون على الاخذ بعين الاعتبار التحكيم في مصير هذه العقود الدولية وعدم تركها لمثل هذه الظروف ، وذلك باللجوء الى تقنيات قانونية تعالج اثر التغيرات التي يمكن ان تحدث بعد ابرام العقد . وتساعد الاطراف للتفاوض ومواصلة تنفيذ العقد بالرغم من الحوادث الغير متوقعة التي تلحق بها وتكرس فعلا مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد[1] .

فظهرت بما يسمى اشتراطات الهاردشيب والتي تشبه الى حد كبير لنظرية الظروف الطارئة ، ومنهم من لم يفرق بين الاثنين . على اعتبار انهما يعملان على تنظيم مراجعة العقد ، عندما تحدث تقلبات للظروف الاقتصادية ، وتؤدي الى تغير المعطيات الاولية التي اخذها الاطراف بعين الاعتبار اثناء العقد ، فتنفيذ الالتزام يبقى ممكنا وليس مستحيلا وانما اصبح يرهق او يثقل المدين ويهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف[2] .

اما القوانين التي نصت صراحة على نظرية الظروف الطارئة فهي معظم قوانين الدول العربية . حيث نصت المادة 107 / 3 مدني جزائري على انه (. . . غير انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة ، لم يكن في الوسع توقعها وتترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز

تنص المادة 107 / 1 من القانون المدني الجزائري على انه (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية) .

عبارة الهارد شيب ولدت في التطبيق العملي للعقود الدولية ، وقد تعذر ايجاد ترجمة دقيقة باللغة الفرنسية ولا

العربية ، فهناك من قال بترجمتها الى الظروف الطارئة وتتطابق تماما مع نظرية **Geschafts Grulagen** في النظام الجرماني ، وهناك من يطلق عليها اصطلاح (بند الاثقال) في اللغة العربية، باعتبارها تثقل كاهل او تزيد اعباء احد طرفي العقد . ـ أنظر د. عبد العزيز قادري ـ دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول اخرى في مجال الاستثمارات الدولية (عقد الدولة) ، المجلد 7 ، العدد 1 ، الجزائر ، 1996 ، ص11 .

للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك)[1] .

واستنادا للمادة اعلاه ، يشترط توفر ثلاث شروط هي ، ان يكون الالتزام تعاقديا ، وان يكون الظرف الطارئ ناشئاً عن حادث عام غير متوقع ، وان يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة ، وعند تحقق هذه الشروط يرتب القانون آثارا وهي رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول وهو لفظ مرادف للتعديل[2] .

ومن خلال عملية استقراء لقوانين بعض الدول ، سنجد تباين كبير كان له اثره عند الممارسين للتجارة الدولية ، فاذا كان القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، هو القانون الفرنسي او البلجيكي مثلا الرافض لفكرة تعديل او تكييف العقد وفق الظروف ، فان المتعاقد الذي لحقه ارهاق عند تنفيذ العقد بسبب ظرف طارئ , لم يكن يتوقعه عند ابرام العقد يلزم بتنفيذه حتى وان ادى ذلك الى افلاسه والحال (ان العقود الدولية ليست موضوعة للتسابق من اجل تحديد الطرف الذي سيفلس اولا)[3] .

واذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون يقبل نظرية الظروف الطارئة ، فانه يعطي للقاضي سلطة تعديل العقد ، غير ان وسائل التعديل التي يمنحها القانون ليست دائما مناسبة خاصة لما يتعلق الامر بعقود دولية معقدة ، كعقود نقل التكنولوجيا او عقود الترخيص الدولية ، وغيرها زيادة على ذلك يخشى الممارسون للتجارة الدولية السلطة التقديرية للقاضي فقد يصل في بعض الحالات الى فسخ العقد ، لما يقدر بان العقد اصبح مستحيل التنفيذ.

اما بالنسبة لنظام غرفة التجارة الدولية حول تعديل العقود الدولية ، يتلخص في انه يقترح طريقة للتعديل عند حدوث حوادث غير متوقعة ، تؤدي الى تغيير كبير في العقد ،

المادة 146 من القانون المدني العراقي ، المادة 167 من القانون المدني المصري ، المادة 147 من القانون المدني الليبي ، المادة 146 من القانون المدني الكويتي .

د. رشوان حسن رشوان احمد ـ اثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد ، عرض لفكرة ملائمة العقد للظروف الاقتصادية ، الطبعة الاولى ، 1994 ، ص464 وما يليها .

- Dominique Blanco : Nigacier et Rediger Un Contrat International , Paris 1993 , P.186.

فيقوم الطرف المتضرر بطلب المراجعة في اجل معقول ، وعلى الطرفين التشاور بينهما بهدف مراجعة منصفة لتفادي وقوع اضرار بالغة لاحدهما ، واذا لم يتوصل الطرفان الى اتفاق خلال تسعين يوما التالية ، فان الطرف المتضرر يمكنه عرض النزاع على اللجنة التابعة لغرفة التجارة الدولية لتنظيم العلاقات التعاقدية بهدف تعيين الغير (فريق من ثلاث محكمين) الذي ينظر فيه ويقرر ، اما اذا كانت هناك ضرورة لمراجعة العقد ، ويكون ذلك القرار ملزما للطرفين ويعتبر جزءا من ذلك العقد[1] .

والمحكم او الغير عند قيامه بالتعديل يعتمد على قانون الارادة (قانون العقد) مثله مثل القاضي الوطني ويطبق القواعد الموجودة في ظل هذا القانون , وهذه الطريقة معمول بها في اغلب القوانين التي تنتمي الى النظام اللاتيني ، حيث تعمل هذه القوانين على انقاص الالتزام الذي صار مرهقا او زيادة الالتزام المقابل الذي صار مناسبا (غير عادل) او وقف تنفيذ العقد مؤقتا او العمل على امتداد العقد لفترة اطول .

واخيرا يمكن القول ، اذا ثار احد اطراف العقد الدولي ، بان تنفيذ الالتزام اصبح مرهقا ويهدده بخسارة جسيمة نتيجة لحادث طارئ امام المحكم او هيئة التحكيم ، فاننا نرى امكانية المحكم بان يتحرى عن هذا الحادث ، فاذا ما توفرت فيها شروط الحادث الطارئ وان كانت متوقعة ، جاز للمحكم ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، ويوزع تبعة الحادث على عاتق الطرفين في العقد ، وهذه التقنية تعالج اختلال التوازن عند تنفيذ العقد واساسها هو العدالة التي يسعى اليها المحكم والقاضي الوطني على حد سواء[2] .

لاقت فكرة تعديل العقود من طرف التحكيم الدولي تشجيعا كبيرا من قبل بعض الفقهاء ويقولون بأنها فكرة كبيرة للمستقبل ، ويقول الاستاذ دافيد في كتابه **Larbitrage Dans Le Commece International** الذي يقدم الفكرة على انها فكرة لعام 2000 ويقول في احدى فقرات الكتاب (. . . من غير الطبيعي ومن غير المعقول التمييز بين نوعين من التحكيم ، احدهما يرمي الى حسم منازعات من طبيعة قانونية والاخر يرمي الى اعادة تنظيم العلاقات التعاقدية ، في كلا الحالتين تقنية واحدة مستعملة ونتيجة واحدة نبحث عنها وتنظيم نفسه مرتجع) .

ـ مشار اليه من قبل د. حميد بن شنيتي ـ مدى سلطة القاضي في تعديل العقد ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة الجزائر ، 1996 ، ص107 .

وفي مجال نقل التكنولوجيا ، فانه رغم التطور التكنولوجي وزيادة المخاطر السياسية التي قد يتعرض لها المستثمر الاجنبي في الدولة المضيفة من اضطرابات واجراءات تشريعية من قبل الدولة ذاتها . يعد من قبل الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهونا للمدين به ، وقد استطاع شرط التحكيم من خلال شرط الهادر شيب ان يعيد تنظيم العقد وادخال التعديلات المناسبة عليه استنادا الى فكرة العدالة .

ـ د. يوسف عبد الهادي خليل الاكياني ـ النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا ، بيروت ، 1989 ، ص502 .

الفرع الثاني

مدى حرية الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق

يعد مبدأ خضوع العقد لقانون الارادة في حالة وجود اختيار صريح من قبل الاطراف للقانون الواجب التطبيق من المبادئ الراسخة في العقد والقضاء المقارن سواء قضاء التحكيم ام القضاء الوطني ، والتشريعات المقارنة كذلك درجت بعض الاتفاقيات على الاخذ بهذا المبدأ صراحة ، الامر الذي يثير التساؤل حول مدى حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ، وهل لهما اختيار قانون منقطع الصلة بالعقد الدولي المبرم بينهما ، وبعبارة اخرى هل حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق حرية مقيدة ام حرية مطلقة . . . ؟ .

ان البحث في مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق مرتبط وجودا وعدما بالعقود الدولية ، اي العقود التي تتضمن عنصرا اجنبيا ، اما اذا تعلق الامر بعقد من العقود الوطنية ، فان اختيار المتعاقدين لقانون اجنبي كي يحكم العقد المبرم بينهما لايثير مشكلة تتعلق بتنازع القوانين ، لان العقود الوطنية تخضع في جميع الاحوال للقانون الوطني ، وكل ما في الامر ان القانون المختار ينزل منزلة الشروط التعاقدية ، وتطبيقه مرهونا بان لايكون فيه مخالفة للقواعد الامرة في القانون الوطني[1] .

هذا من جانب ومن جانب اخر ، فقد ذهب بعض الفقه الى ان للمتعاقدين حرية كاملة ومطلقة في اختيار اي قانون لحكم العقد ، حتى وان كان هذا القانون منقطع الصلة بالرابطة العقدية ، ولا يرد على هذا الاختيار اي قيد استنادا الى مبدأ سلطان الارادة[2] .

د. حسن الهداوي ـ القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني ، دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2001 , ص147 وما بعدها .

هذا الاتجاه نادى به انصار النظرية الشخصية ، بل ان بعض الكتاب ذهب الى رأي لا يخلو من الغرابة ، اكد على ضرورة اختيار قانون لا علاقة له بالعقد ، اي قانون محايد ، لان من شأن ذلك ان يضع كلا من طرفي العقد على قدم المساواة ، فيستفيد الطرفان من نفس المزايا ، ويتعرض لذات المثالب وذلك في حالة عدم التوصل لقانون يرتبط بالعقد برابطة وثيقة .

ـ في تفصيل ذلك. د. نصيرة بو جمعة سعدي ـ المصدر السابق ، ص403 .

بينما يؤكد جانب من الفقه ان حرية المتعاقدين ليست مطلقة من كل قيد ، بل يشترط لقيام حرية الاختيار ضرورة وجود صلة حقيقية بين القانون المختار وبين العقد ، بحسبان ان دور الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق ، لا يخرج عن كونه مجرد تركيز للعقد في مكان معين وفقا لظروف التعاقد وملابساته ، فاذا ما خرجت الارادة عن وظيفتها من هذا التركيز ، تقرر عدم الاخذ بهذا التحديد ، وتركيز العقد في المكان الاكثر ارتباطا بموضوع العقد[1] .

ويتوسط رأي ثالث ، الاتجاهين السابقين وهو ما نرجحه ، ان حرية الاطراف ليست مطلقة من كل قيد كما يرى انصار الاتجاه الاول ، كما انها ليست مقيدة الى الحد الذي سار عليه الاتجاه الثاني ، بل يكفي لصحة الاختيار ، ان لايكون قانون الارادة مقطوع الصلة بالعقد ، فيجوز اختيار اي قانون له علاقة بالعقد ، حتى وان كانت هذه العلاقة غير مؤثرة مثل اختيار قانون الجنسية ، او الموطن ، او محل اقامة احد الاطراف ، او قانون بلد الابرام ، او قانون مكان تنفيذ العقد ، او قانون موقع المال ، حتى لو كانت هذه الصلة مستمدة من حاجات المعاملات التجارية الدولية ، كما هو الحال في العقود النموذجية[2] . واذا كان هذا موقف الفقه فما هو الحكم الذي قررته اتفاقية روما لسنة 1980 في هذا الصدد . . . ؟[3]

عالجت اتفاقية روما هذه المسألة في المادة الثالثة الفقرة الاولى بقولها (يخضع العقد للقانون الذي يختاره الاطراف ، هذا الاختيار يتعين ان يكون صريحا ، ويجوز ان يستنتج بطريقة مؤكدة من شروط العقد او من الظروف المحيطة به ، ويمكن للاطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على كل العقد او على جزء منه) .

Battifol (H) : Les conflits de lois . .

-. O. P. cit. p. 41 .

ـ واكد هذا الاتجاه من الفقهاء العرب د. سامية راشد ـ دور المادة 24 مدني مصري في حل مشكلات تنازع القوانين نظرة مستقبلية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1985 ، ص14-15 .

د. حسن الهداوي ـ المصدر السابق ، ص151-152 .

ـ د. عز الدين عبد ا ـ المصدر السابق ، ص436 .

وضعت اتفاقية روما في 19 حزيران 1980 ، والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية موضع التنفيذ ، في الاول من نيسان عام 1991 بعد ان تحقق حكم المادة 29 منها والتي تقضي بأنه (تنطق هذه الاتفاقية بعد اقرارها من سبع دول على الاقل . . .) .

وبالنظر الى مضمون هذا النص ، يتضح ان الاتفاقية اعتمدت مبدأ حرية الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية من دون اي قيود ترد عليها ، فالاطراف المتعاقدة لها الحرية الكاملة في اختيار اي قانون لحكم العقد ، حتى لو كان هذا القانون منقطع الصلة بالعلاقة العقدية وفي هذا المقام يشير الاستاذ **Lagarde** ان الاتفاقية كرست مبدأ حرية التعاقد ، هذا المبدأ الذي اقرته الدول الاعضاء ، كما انها تستبعد جميع القيود الموضوعية التي يمكن ان يثيرها هذا المبدأ في اختيار اي قانون لحكم العقد التي سبق ان قال بها الفقيه **Batiffol** منذ عام 1938 ، وتبنته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 25 / مارس / 1980 في قضية **Mercator Press** فدور الارادة وفقا لاحكام هذه الاتفاقية هو اختيار القانون الواجب التطبيق وليس حصر العقد او تركيزه في نطاق
معين ، وهذا الاختيار هو اختيار للقانون الدولي الخاص , ومفاد ذلك ان الاتفاقية لا تفرض اي صلة بين القانون المختار والعقد وبامكان الاطراف المتعاقدة اختيار اي قانون ، حتى لو كان هذا القانون محايدا ، او ليست له صلة بالعقد ، ودون حاجة الى تبرير اسباب
اختيارهم ، شريطة ان يكون هذا العقد ذا طبيعة دولية[1] .

فاذا كان لاطراف العقود الدولية الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق ، فنقول ان هذه الحرية يجب ان تأخذ بنظر الاعتبار عدم مخالفة النظام العام ، وان لا يكون هناك غش او تحايل على القانون ، والا امتنع المحكم عن تطبيق القانون المختار من الاطراف ، وسوف نتحدث عن النظام العام والغش نحو القانون باختصار في نقطتين متتاليتين .

أولا : النظام العام :

ان فكرة النظام العام من الامور المهمة ، والتي يتركز النقاش حولها في الابحاث المتعددة لفقهاء القانون الداخلي والدولي ، ويكاد يكون معدوما الاتفاق على تبني طابع مستقر للنظام العام ، كما خلت نصوص القوانين في اكثر الدول من تعريف جامع مانع ، يحدد المقصود بفكرة النظام العام . فاذا كان المشرع الوطني قد سمح بتطبيق القوانين الاجنبية على اقليمه في بعض الفروض فان هذا لا يعني انه قد اباح هذا الامر بشكل مطلق لمشرعي دول العالم جميعها اذ من غير المقبول ان يطبق القاضي قانونا اجنبيا يتعارض

-Lagarde (P) : Le Nouveau driot . . . O.P. cit. p. 300 .

مفهومه مع النظام العام في دولته اي مع المثل العليا والمبادئ الاساسية والجوهرية السائدة في دولة القاضي ، وبهذا تكون فكرة النظام العام ، بمثابة (صمام الامان) الذي يحمي الاسس الجوهرية في المجتمع .

وقواعد النظام العام هي القواعد التي تتعلق بنظام المجتمع الاعلى ، وتعلو على مصلحة الافراد , فهي فكرة مفهومها متغير تبعا للزمان والمكان ، فالافكار التي تعتبر متعارضة مع النظام العام في دولة ما او في وقت ما , فالعبرة في مدى مطابقة الموضوع مع النظام العام من عدمه في وقت نظر الدعوى وليس في الوقت الذي نشأ فيه المركز القانوني[1] .

لذا نجد ان المحكم في منازعات التجارة الدولية ، لا يتجاهل النظام العام الوطني في الدولة التي سينفذ فيها الحكم ، والا امتنع قضاء هذه الدولة ، كذلك قد يراعي المحكم اعتبارات النظام العام في الدولة التي اتخذتها هيئة المحكمين مقرا لها ، على الاقل بالنسبة للاجراءات المتبعة في الحكم ، ويؤكد الفقه الحديث[2] ، حق المحكم في استبعاد احكام القانون الذي اختاره المتعاقدين لحكم اتفاقهم ، وكذلك استبعاد الاحكام المستخلصة من بعض الشروط المتفق عليها وذلك فيما لو تبين تعارض هذه الاحكام مع اعتبارات النظام العام المشترك ، والمتعارف عليه دوليا ، اولا اسبعاد الشرط التعاقدي المتفق عليه ، والذي تبين مخالفته للاعتبارات الجوهرية في التجارة الدولية ، ان اعمال فكرة النظام العام الدولي يتحدد بداهة في مجال المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية دون غيرها وعند استبعاد المحكم للقانون المتفق عليه بين اطراف عقود التجارة الدولية دون غيرها ، قد يطبق قواعد العدالة والعرف الدولي او قواعد غير وطنية وهي قواعد عبر الدول كما يسمونها .

د. جابر ابراهيم الراوي ـ احكام تنازع القوانين في القانون العراقي ، مطبعة الحكم المحلي ، بغداد ، 1980 ، ص54 وما بعدها .

د. ابراهيم احمد ابراهيم ـ القانون الدولي الخاص ، المصدر السابق ، ص591 وما بعدها .

ـ د. سامية راشد ـ المصدر السابق ، ص141 وما بعدها .

ثانياً : التحايل على القانون او الغش نحو القانون :

ان كل قاعدة اسناد تسترشد بضابط معين يشير الى القانون الواجب التطبيق ، وهناك جانب من هذه الضوابط قابل للتغيير ، وفقا لارادة الاطراف ، ومن هنا يمكن التصور ان يعمد الطرف الى تغيير ضابط الاسناد لمجرد التوصل الى تطبيق قانون معين ، والتهرب بذلك من احكام القانون الواجب التطبيق اصلا وعليه فان التحايل على القانون او الغش نحو القانون ، يتم بتغير ظرف الاسناد بهدف نقل الاختصاص من قانون لاخر يتفق مع رغبة الطرف ويجنبه تطبيق القواعد الامرة للقانون المختص اصلا[1] .

ويشترط لامكان الدفع بالتحايل والغش نحو القانون تحقق شرطان ، يتعلق الاول بالتغيير الارادي بظروف الاسناد او ضابط الاسناد الذي ينقسم الى نوعين ، ضوابط او ظروف اسناد ثابتة وضوابط قابلة للتغيير والتعديل ، ومثال الاول ضابط موقع العقار وضابط محل وقوع الفعل الضار ، ومثال الثاني ضابط الجنسية وموقع المنقول والموطن ، ويلزم في التغيير الارادي الطارئ على ضابط الاسناد ، امرين الاول ، ان يكون من شأنه تعديل الاختصاص التشريعي ، والامر الثاني ان يكون تغيير ضابط الاسناد قد وقع سليما قانونا .

اما الشرط الثاني ، يتعلق بنية التهرب من القانون الواجب التطبيق او التحايل عليه ، واثار الدفع بالتحايل على القانون ، تنحصر في حرمان الاطراف من تحقيق الغاية او الهدف المبتغى من ارتكاب الغش او التحايل على القانون ويكون ذلك عن طريق عدم الاعتداد بالتغير الذي طرأ على ضابط الاسناد ، واعمال القانون الواجب التطبيق اصلا حسب قاعدة الاسناد الوطنية .

ويشتبه دور المحكم في منازعات التجارة الدولية في هذا المجال مع دور القاضي الوطني[2] ، مع فارق جوهري هو عدم ارتباط المحكم بدولة ما او بقانون خاص ، فاذا وجد المحكم بان هناك غش او تحايل على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، ان يعيد القانون الذي تم التحايل عليه ، نفوذه وسلطانه ويطبقه على موضوع النزاع ، ويسلك مسلك القاضي الوطني , ويقطع الطريق على هذا الغش حتى ولو كان اختيار اطراف النزاع ينصب

د. عز الدين عبد ا ـ المصدر السابق ، ص310 .

د. احمد عبد الكريم سلامة ـ المصدر السابق ، 547 .

على هيئة دائمة للتحكيم التجاري الدولي للفصل في منازعاتهم , حيث رفضت محكمة التحكيم في براغ (تشيكوسلوفاكيا) تطبيق القانون الانكليزي الذي اختاره اطراف النزاع في منازعة مصدرها عقد نموذجي ، بين احد المشاريع الباكستانية واخرى تشيكوسلوفاكية ، بدعوى عدم وجود اي علاقة بين هذا القانون والنزاع المطروح بسبب الغش الذي وقع من قبل الطرفين[1] .

ثالثاً : تقييم نظرية الغش نحو القانون ونظرية النظام العام :

اننا نلاحظ انه اذا كان هناك اشتراك بين نظرية الغش نحو القانون ، وبين نظرية الدفوع بالنظام العام ، في استبعاد وتطبيق القانون الاجنبي ، فان ذلك لا يعني مطلقا تشابههما فمن ناحية نجد ان الدفع بالغش نحو القانون موجه الى الوسيلة التي قادت الى القانون الواجب التطبيق وهي تحايل الاطراف على قاعدة التنازع ، اما الدفع بالنظام العام فموجه الى مضمون القانون الواجب التطبيق ، الذي يتعارض مع المبادئ العليا في دولة القاضي ، ومن ناحية ثانية فان الدفع بالغش يمكن التمسك به سواء تم التحايل نحو قانون القاضي ام نحو قانون اجنبي مختص وفقا لقاعدة التنازع الوطنية ، اما الدفع بالنظام العام فلا يجوز التمسك به الا في مواجهة القانون الاجنبي المتعارض مع النظام القانوني لقاضي

النزاع ، فضلا عن ذلك فان اثر الدفعين يختلف ، ففي الدفع بالغش يتم استبعاد القانون الذي اصطنع الاطراف ضابط الاسناد لصالحه حماية للقانون الواجب التطبيق اصلا ، اما في الدفع بالنظام العام فان الذي يستبعد هو القانون الواجب التطبيق أصلا ويتم احلال قانون القاضي محله كما يختلفان من حيث مجال اعمالهما فالتمسك بالدفع بالغش يكون عادة وقت نفاذ الحق والاجتماع بالمراكز القانونية ، اما التمسك بالدفع بالنظام العام يكون بصورة رئيسية وقت انشاء العلاقة او المركز القانوني في دولة القاضي ، اما تلك التي تم انشاءها في دولة اخرى غير دولة القاضي ، اي في الخارج فان مفعول النظام العام كمانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي ينعدم .

د. ابو زيد رضوان ـ المصدر السابق ، ص125 .

المطلب الثاني

تطبيق المحكم لقانون

الارادة الضمنية في حالة عدم الاختيار

قد يغفل اطراف العلاقة التعاقدية التعبير عن ارادتهم بصورة واضحة وصريحة ، وتم التعاقد دون اشارة او تحديد للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي قد ينشأ بينهم ، ومرد هذا الاغفال قد يكون مقصودا لعدم اتفاقهم على قانون وطني معين ، قد يكون اهمال او عن سهو ، بحيث لم يولوا موضوع القانون الواجب التطبيق اي اهتمام ، حتى جاء العقد خاليا من هذا التحديد[1] ، ومن ثم يتعين على المحكم كقاعدة عامة التصدي لتحديد انسب القوانين لحكم هذا العقد[2] .

وفي هذه الحالة تختلف الحلول فيما اذا كان النزاع معروضا على المحكم او على القاضي الوطني ، بحسبان ان هذا الاخير معين من قبل دولته ، ويستمد سلطاته منها ، ويمارس هذه السلطات مقيدا باتباع القواعد القانونية التي هي بمثابة قانون اختصاصي ، فاذا عرض النزاع لم يحدد الاطراف فيه القانون الواجب التطبيق ، فما عليه الا تطبيق قواعد الاسناد في قانونه على وفق منهج تنازع القوانين ، والتي بدورها سترشده الى تحديد هذا القانون .

اما المحكم فهو على خلاف ذلك ، اذ ليس له قانون اختصاصي ، ولا يخضع لسيادة اي دولة ، ولا يصدر قراره باسم دولة ما ، ولا يستمد سلطانه في حسم النزاع من اي دولة ، وانما يستمدها من ارادة الاطراف الذين منحوه هذه الصفة[3] .

واذا كان واقع حال المحكم او هيئة التحكيم في ظل غياب قانون اختصاص يحدد بموجبه قواعد الاسناد التي تهديه الى القانون الواجب التطبيق ، فان التساؤل يثار عن الكيفية التي يتبعها المحكم وفقا لسلطته التقديرية الواسعة ، في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حالة عدم الاختيار .

– Mayer (P) : Droit international prive , Paris , 4eme , ed , 1991 , P. 165 .

– Fouchard (ph) : LArbitrage . . . O. P. cit . P. 369 ets .

– Deby Gerard : O. P. cit , P. 202 .

وبغية الوصول الى الغاية المنشودة ، فالمحكم الدولي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال ، وذلك من خلال اعمال مجموعة قرائن ومؤشرات ، تعين المحكم على تبيان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الاطراف وتلك مسألة تختلف فيها النظم القانونية لا سيما حول قيمة هذا الضابط او ذاك ، عند استظهار الارادة الضمنية لاطراف النزاع ، ويترتب على ذلك اختلاف مواقف المحكمين الدولين ، تبعا للتأثيرات الملموسة لهذه النظم ، وان اختيار المحكم لاي مؤشر او ضابط لبيان الارادة الضمنية ، سيكون بمثابة اجتهاد شخصي لهذا المحكم ، وقد لا يكون هذا الاجتهاد سلبيا في حد ذاته ، الا بقدر ما يكون من (تجاهل) لواقع المنازعة المطروحة على التحكيم ، ولتجنب ذلك يتعين على المحكم البحث عن رابطة موضوعية يمكن الاطمئنان معها على ان ارادة الاطراف قد اتجهت الى هذا القانون .

ومن استقراء واقع التحكيم التجاري الدولي ، الذي يؤكد على وجود مجموعة من القرائن العامة واخرى خاصة تدل على الارادة الضمنية ، فاننا سنعمل على بيان هذه القرائن تباعاً في نقطة اولى ، ومعرفة مدى فاعليتها للوصول الى تحديد القانون الواجب التطبيق . ومن ثم نحاول بيان موقف المحكم الدولي من قانون الارادة في العقود الدولية ، التي تكون الدولة طرفا فيها وذلك في نقطة ثانية .

الفرع الاول
قرائن ومؤشرات الارادة الضمنية

هناك مجموعة قرائن ومؤشرات تمثل ضابطا ، يبحث المحكم من خلاله على القانون الانسب الذي يحكم موضوع النزاع واهم هذه القرائن ، محل ابرام العقد وقرينة محل التنفيذ وقرينة اختيار مكان التحكيم وقرينة الجنسية والموطن وقرينة لغة العقد وقرينة اختيار العملة وسوف نتحدث عن هذه القرائن تباعاً .

أولاً : قرينة محل ابرام العقد :

في حال غياب الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من قبل الاطراف ، فان السائد بالنسبة لهذه المشكلة ، هو تطبيق قانون محل الابرام ، باعتباره القانون الانسب موضوعا لحكم النزاع ، وقضاء التحكيم التجاري الدولي يتجه غالبا نحو تغليب هذه القرينة ، ففي احدى المنازعات التي عرضت على محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية بباريس ، وتتلخص وقائعها في نزاع نشب بشأن تنفيذ عقد وكالة عامة في البيع بين شركة ايطالية واخرى سويسرية ، تقوم بمقتضاه هذه الاخيرة بتوزيع منتجات الشركة الاولى في الولايات المتحدة الامريكية والمكسيك ، ولم يوضح في العقد القانون الذي يحكم النزاع المطروح على التحكيم وفقا للائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية ، ولقد طالبت الشركة الايطالية تطبيق القانون الايطالي ، بينما طالبت الشركة السويسرية تطبيق القواعد العامة للامم المتحضرة دون الاشارة الى قانون وطني معين , غير ان المحكم بعد ان اكد في قراره ان السلطة التقديرية بشأن تعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع ، في حالة عدم اختيار الخصوم صراحة للقانون الذي يحكم النزاع ، فقرر اعمال القانون الايطالي باعتباره القانون الاكثر ملائمة ، استنادا الى ان العقد قد وقع في ايطاليا (تورينو) وان المكان الرئيسي للتنفيذ كان في ايطاليا (جنوة) ، حيث سلمت البضاعة وانتقلت ملكيتها للمشتري[1] .

واذا رجعنا الى القانون الجزائري ، نجد ان المادة 18 / 1 تنص على انه (تسري على الالتزامات التعاقدية ، قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ، مالم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون اخر) ، انها تنص على ضابطين الاسناد ، قانون الارادة وقانون محل الابرام ، والمعول عليه في نظر شراح القانون الجزائري ، ان الضابط الاساسي ، هو قانون الارادة وفي حالة انعدام الاختيار الصريح او الضمني ، يرجع الى قانون محل الابرام . وان المشرع هو الذي تولى بنفسه عملية التركيز في حالة عدم الاختيار ، وقد انتقدت هذه المادة من حيث صياغة مضمونها ، فمن ناحية الصياغة يبدو ان المادة 18 اخذت بحرية الاختيار المطلقة ، وهذا غير

الحكم الصادر في الدعوى رقم 1422 لسنة ، 1966 ، منشور في جريدة القانون الدولي ، 1974 ، العدد 4 ، ص884 .

ـ مشار اليه من قبل د. طارق عبد ا المجاهد ـ المصدر السابق ، ص135 .

صحيح ، لان المعتمد في غالبية النظم القانونية بما فيها القانون الجزائري ، تشترط وجود صلة بين القانون المختار والعقد ، كما ان تفضيل ضابط محل الابرام عن غيره من الضوابط والقرائن الاخرى ، والتي قد تكون اكثر اهمية ، مثل حالة الاشتراك في الموطن او الجنسية وضابط او قرينة محل التنفيذ[1] .

وهكذا يكون القانون الجزائري ، قد خالف القانون العراقي ، حيث اكتفى بالنص على محل الابرام كضابط ثاني في حالة عدم الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق ، في حين نصت المادة 25 من القانون المدني العراقي ، على انه (يسري على الالتزامات التعاقدية ، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا ، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان ، او تبين من الظروف ان قانون اخر يراد تطبيقه) . يتضح من نص هذه المادة ان المشرع العراقي ، اخذ في المرتبة الاولى ، بالقانون المصرح باختياره ، او القانون المستخلص من الظروف بوصفه اتجهت اليه ارادة المتعاقدين ضمنا ، والا فيطبق قانون الموطن المشترك ، وفي حالة عدم الاشتراك في الموطن يطبق قانون محل ابرام العقد .

ويمثل قانون محل ابرام العقد ، القاعدة البديلة لقانون الارادة ، في نص المادة 18 مدني جزائري ، والمأخذ على هذه القاعدة ، الذي يقول ان مكان الابرام غالبا ما يكون عرضيا بالنسبة للمصالح التي يدعي الاطراف تنفيذها في مكان اخر ، يختلف عن مكان التوقيع ، غير ان هذا لا يلغي ان كافة الفقهاء يشاطرون تبني هذا المأخذ ، اذ ذهب احدهم يقول ، (ان العقد يقع دوما في احدى الدول التي يكون لاقتصادها مصلحة فيه)[2] ، وقد يكون هذا صحيحا لو ان مكان التوقيع لم يكن بحد ذاته مصطنعا .

يبدو لنا ، ان مكان التوقيع ومكان المفاوضات ، لا يستجيبان للغرض المطلوب ، لان مكان التوقيع قد يكون مصطنعا ، وقد يصعب تحديد مكان المفاوضات بدقة ، في حالة وجود عدة امكنة للمفاوضات ، حيث يلتقي المتعاقدون ، تارة في بلد احدهم وتارة في بلد اخر .

د. محند اسعاد ـ المصدر السابق ، ص364 .

د. علي بن شنب ـ الاليات القانونية للعلاقات التجارية الدولية ، في الجزائر ، باريس ، 1979 ، ص461 .

ويمكن القول ان المشرع الجزائري ، لم يعتمد في المادة 18 مدني افضل القواعد واذا كان هدف المشرع يتمثل في التوصل الى تطبيق قانونه على العقد المبرم في الجزائر او مع شركة جزائرية ، فان مكان التنفيذ يبدو اكثر دلالة من مكان الابرام في المرحلة الحاضرة من قانون الاقتصاد الجزائري ، والسبب في ذلك يعود اولا الى ان مكان التنفيذ يتطابق في اغلب الاحيان مع مكان الابرام ، وثانيا لان تنفيذ العقد هو الذي يهم في الدرجة الاولى النظام القانوني الجزائري ، الذي لا يعبأ كثيرا بخضوع العقد المبرم في الجزائر للقانون الجزائري ، ولكن العقد المراد تنفيذه في الخارج هو المطلوب اخضاعه للقانون الجزائري ، خاصة وان المادة 18 مدني ، تكرس بذات الوقت حرية الاطراف في اختيار قانون عقدهم[1] .

هذا من جهة ومن جهة اخرى ، يرى جانب من الفقه[2] ، ان قرينة محل ابرام العقد ، غير كافية بذاتها لتحديد القانون الواجب التطبيق ، ولا بد من تعزيزها بقرائن اخرى ، بصفة خاصة في مجال عقود التجارة الدولية ، كان يتعزز بمركز اعمال احد المتعاقدين وان يتطابق محل الابرام مع محل التنفيذ ، ويشير البعض الى صعوبة تعيين محل الابرام في حالة التعاقد بين غائبين وهي العقود التي تتم بالمراسلة عن طريق تبادل الخطابات او بالهاتف او التلكس .

ان المحكمة العليا اصدرت قرارا في خلاف بين شركة جزائرية وشركة اجنبية ، وكان عقدهما لا يتضمن نقطة تحديد القانون الواجب التطبيق ، فكل طرف يرغب في اخضاع العقد لقانون بلده ، بحيث نجد الطرف الاجنبي يعتمد على مكان الشحن ، والطرف الجزائري يعتمد على مكان التفريغ ، باعتباره مكان التنفيذ ، فالمحكمة العليا في هذه القضية ، طبقت الشريعة الاسلامية والتي تعتبر الجهة القضائية التي يوجد فيها ميناء التفريغ ، هي المختصة بالفصل في النزاع وبالتالي اعتبار القانون الجزائري هو القانون الواجب التطبيق على النزاع .

ـ قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية رقم 65920 ، الصادر بتاريخ 11 / 6 / 1990 .

د. زروتي الطيب ـ القانون الدولي الخاص الجزائري ، ج1 تنازع القوانين ، مطبعة الكاهنة ، الجزائر ، 2000 ، ص219.

ـ د. محند اسعاد ـ المصدر السابق ، ص364 .

ثانياً : قرينة محل تنفيذ العقد :

لما كان محل ابرام العقد ، قد يكون مكانا عارضا ، وقد يصعب تعيينه كما في العقود التي تتم في المراسلة ، فان بعض الفقهاء[1] ، يغلبون الاخذ بقرينة محل تنفيذ العقد لتحديد القانون الواجب التطبيق ، بحسبان ان محل تنفيذ العقد ، هو الهدف من التعاقد ، وقد اعترض البعض[2] ، على الاخذ بقرينة محل التنفيذ كون الاخذ بها يصطدم بصعوبة تحديد محل التنفيذ عندما تتعدد محال التنفيذ تبعا لتعدد الالتزامات الناشئة عن العقد ، الا ان هذا الاعتراض مردود عليه[3] ، بانه في حالة تعدد محال التنفيذ فان العبرة بمحل التنفيذ

الرئيسي ، والاصل ان يوضح الاطراف مكان التنفيذ وفي حالة عدم التحديد لمحل التنفيذ من قبل المتعاقدين ، فيكون تحديده بالمكان الذي يقوم فيه المدين الفعلي لالتزامه ، وان بدى محل التنفيذ اقرب الروابط الموضوعية لانه يعطي العقد توطينا حقيقيا يمكن على ضوئه افتراض ارادة الطرفين ، الا اننا علينا توخي الحذر فلا نولي هذه الدلالة اهمية تفوق حجمها الحقيقي ، ذلك انه وان لم يقم الاطراف بتحديد محل التنفيذ ، فيمكن ان نستخلص من ذلك عدم اكتراثهم بهذا التحديد .

واذا كنا نسلم بوجهة منطق اسناد العقد لقانون المكان الذي يتم فيه تنفيذ الالتزام الرئيسي وهو على هذا النحو ، قانون محل اقامة المدين بهذا الاداء ، لما يمتاز به من سهولة ووضوح الا انها لا تخلو من مآخذ وبصورة خاصة في العقود التي يكون احد اطرافها من الدول النامية ، كونه في الغالب يطبق قانون احدى الدول الصناعية المتقدمة ، الامر الذي يسبب ارهاقا للطرف الضعيف في العقد ، هذا من ناحية ومن ناحية اخرى عدم تطبيق بعض القواعد التي تهدف الى حماية الطرف الضعيف في العقد .

د. عز الدين عبد ا ـ القانون الدولي الخاص ، المصدر السابق , ص428 .
- Batiffol (H) et Laguared (P) : O. P. cit . 291 .

د. سلامة فارس عرب ـ المصدر السابق ، ص301 .
ـ د. احمد عبد الحميد عشوش ـ المصدر السابق ، ص113 .

ويعد الفقيه الالماني **Savigny** من ابرز المدافعين عن اختصاص قانون مكان تنفيذ العقد ، وهذا امر منطقي كون فقه سافيني في تنازع القوانين ، يقوم على عملية التركيز المكاني للعلاقة العقدية .
ـ مشار اليه من قبل د. طارق عبد ا المجاهد ـ المصدر السابق ، ص136 .

ففي عقود الترخيص وعقود نقل التكنولوجيا مثلا ، نجد ان القانون الواجب التطبيق هو قانون محل اقامة او مركز منشأة المورد او مانح الترخيص ، وهذا يعني ان الدول النامية ، وهي الطرف الضعيف في مثل هذه العقود ، سوف تخضع لقواعد قانونية غريبة عنها ، وقد تكون مجحفة وتمس اقتصادها الوطني .

وهناك من يؤكد[1] ، ان الاداء المميز في عقود نقل التكنولوجيا وعقود الترخيص ، يجب النظر اليها في المكان الذي يتجسد فيه ، ويرتب فيه اثاره الاقتصادية بالنسبة لاطرافه ومن ثم يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي فيها مركز نشاط او محل اقامة صاحب الترخيص او مستورد التكنولوجيا ، ويفرض هذا الحل ليس فقط ان الطرف الاخير هو الاضعف والمستحق للحماية ، بل ايضا لان قواعد دولته تهدف الى حماية اقتصادها ، ولا تسمح باستيراد التكنولوجيا الا في الحدود التي تساهم فيها خطة التنمية وبما لا يمس حماية وتشجيع التكنولوجيا المحلية ، وبما يحمي الاقتصاد الوطني من الشروط التي يفرضها الطرف الاقوى[2] .

ثالثا : قرينة لغة العقد :

قد يأخذ المحكم الدولي بدلالة اللغة التي حرر فيها العقد ، كقرينة على ارتباط العقد بالدولة الناطقة بهذه اللغة ، الا ان غالبية الفقه يؤكد ان اللغة المستخدمة في صياغة العقد ، ليست مؤشرا حاسما في تحديد النظام القانوني للعقد[3] . فقد يختار الاطراف لغة عالمية لتسهيل اجراء المفاوضات ، دون ان تتجه الى خلق رابطة بين العقد ودولة هذه اللغة[4] . فقد اكد القضاء الفرنسي عند نظره لعقود النقل البحري (ان صياغة العقود باللغة الانكليزية ، لا يعني مطلقا اتجاه ارادة الافراد الى تطبيق القانون الانكليزي ، وذلك لانعدام الصلة بين العقد والنظام القانوني الانكليزي)[5] .

د. احمد عبد الكريم سلامة ـ المصدر السابق ، ص116 .
وعلى كل حال فهذا الاتجاه اقرته اتفاقية روما لسنة 1980 والتي دخلت موضع التنفيذ عام 1991 .
Batiffol (H) et Laguared (P) : O. P. cit . 303 .
ـ
ـ مشار اليه من قبل د. طارق عبد ا المجاهد ـ المصدر السابق ، ص140 .
د. احمد عبد الحميد عشوش ـ المصدر السابق ، ص142 .
للمزيد أنظر د. هشام علي صادق ـ تنازع القوانين ، المصدر السابق ، ص655 .

ويبدو لنا ان لغة العقد لا يمكن ان يكون لها تأثير لوحدها في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ، ان لم ترتبط بعناصر اخرى ، مثل . . . مكان تنفيذ العقد او جنسية الاطراف او موقع المال ، فعندما تقوم المحكمة المختصة بتحديد قانون العقد في حالة عدم الاختيار لاطراف هذا القانون تأخذ في الاعتبار مجموعة من العناصر احدها لغة العقد ، لان اللغة المستخدمة ليست ذات دلالة جوهرية في تحديد القانون الواجب التطبيق .

رابعا : قرينة اختيار مكان التحكيم :

في حالة عدم اختيار الاطراف صراحة للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، ولكن عملوا على تعيين مكان التحكيم ، هذا الاختيار للمكان الذي يجري فيه التحكيم يفترض ان نية اطراف النزاع قد اتجهت الى تطبيق قانون دولة مكان التحكيم[1] ، الا ان هذه القرينة تظل نسبية فضلا عن التساؤل الذي يمكن ان يثار حول معنى مكان التحكيم ، هل هو المكان الذي تنعقد فيه هيئة التحكيم لاول مرة ام المكان الذي يصدر فيه القرار ، وقد يختلف المكان في الحالتين ، بالاضافة الى ذلك قد يكون اختيار هذا المكان ، فيه نوع من المصادفة واحيانا اخرى فيه نوع من المزاج السياحي للمحكمين ، ولكن اذا اختار الاطراف مكان التحكيم في دولة اخرى ، يمكن ان يكون ذلك قرينة على اتجاه ارادة الاطراف لاختيار قانون هذه الدولة لحكم موضوع النزاع[2] .

اما اختيار مكان التحكيم لدى احدى هيئات او مراكز التحكيم الدائمة ، وعلى سبيل المثال غرفة التجارة الدولية في باريس ، فانه لا يعني في ذاته مؤشرا على اختيار الاطراف لقانون دولة هيئة او مركز التحكيم الدائمي بقدر ما يعني رغبة الاطراف في الاستفادة من التسهيلات التي تقدمها هذه المراكز الدائمة ، ومن قوة القرارات الصادرة فيها ، من حيث الاعتراف بها على المستوى الدولي ، الا ان بعض المحكمين الدوليين ، قالوا ان اختيار الاطراف لمراكز او هيئات التحكيم الدائمة تعني ذلك ان نيتهم قد اتجهت الى اخضاع علاقاتهم العادات واعراف التجارة الدولية ، اكثر من رغبتهم في اخضاعها لقانون الدولة

د. ابو زيد رضوان ـ الاسس العامة في التحكيم ، المصدر السابق ، ص151 .

د. فوزي محمد سامي ـ المصدر السابق ، ص191 .

التي يوجد فيها مركز هيئة التحكيم الدائمة[1] ، وعليه فان مكان التحكيم لا يمكن ان تحمل لوحدها دلالة في الاسناد على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بل هي قرينة يجب دعمها بقرائن اخرى .

خامسا : قرينة اختيار العملة :

من المقرر ان اختيار عملة دولة معينة لا يعدو ان يكون مجرد قرينة ثانوية غير كافية بذاتها على تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع ، وليس لها الا دورا احتياطيا مساعدا لما عداها من القرائن ، ومن الصعوبة اتخاذها ضابطا للاسناد كافيا بذاته وله الصدارة على ما عداه من ضوابط ، وقد يكون اختيار العملة الواجبة الدفع بها ، وقد يكون مرجعه الثقة في ثبات سعرها وقابليتها للتحول والصرف[2] ، فلا يجوز ان نستخلص من مجرد اختيار عملة معينة كاداة وفاء ، قرينة مطلقة على اختيار قانون دولة العملة للتطبيق على العقد .

سادساً : قرينة الجنسية او الموطن :

اتخذت بعض التشريعات من الجنسية او الموطن ، ضابطا للاسناد عند غياب الاختيار الصريح من قبل الاطراف للقانون الواجب التطبيق[3] . وقد تبنى القضاء الالماني هذا الضابط بوصفه ضابطا مساعدا ، وبحسبان ان موطن المدين كثيرا ما يتطابق مع محل التنفيذ ، ويؤخذ على هذين الضابطين (الجنسية والموطن) صعوبة التطبيق في حالة انعدام الجنسية او تعددها ، وحالة ما اذا كان للمدين اكثر من موطن ، على ان في العقود الدولية لا يوجد طرف دائن واخر مدين ، فكل طرف دائن ومدين في ذات الوقت ، لذلك فقد ذهب البعض الى اتخاذ الجنسية المشتركة او الموطن المشترك ضابطا للاسناد ، وتبنت بعض

تنص المادة 28 / 5 من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للامم المتحدة على انه

(يراعى المحكم في جميع الاحوال شروط العقد والعادات التجارية) .

د. محمد عبد ا المؤيد ـ المصدر السابق ، ص223 .

وقد تأكد هذا المعنى في حكم محكمة النقض الفرنسية ، الصادر في 2 نوفمبر 1937 عندما قضت بان (القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون الدولة ، التي يتبعها المتعاقدان بجنسيتها) .
التشريعات في القانون المقارن هذا الرأي ، فيتخذ القانون الايطالي في المادة 25 مدني من الجنسية المشتركة للاطراف ضابطا احتياطيا للاسناد[1] ، في حين يتخذ القانون العراقي من المادة 25 مدني ، من الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا ضابطا احتياطيا للاسناد ، عند غياب قانون الارادة ، ويلاحظ انه نادرا ما يشترك الاطراف في الجنسية الواحدة ، او يتحدوا في الموطن خاصة في معاملات التجارة الدولية او التحكيم الدولي ، ومن جانبنا نرى صعوبة الاعتماد على الجنسية المشتركة للاطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية . فمن ناحية نجد ان ضابط الجنسية ليس له الا دور ثانوي في تحديد صفة الدولية في العقد ، وهو كذلك لايؤدي الا دورا احتياطيا في تركيز العلاقة العقدية في نطاق نظام قانوني معين . كذلك يكون دور الجنسية قليل الاهمية في عقود التجارة الدولية ، كون جنسية الاطراف لا تحقق الرابطة الفعلية والوثيقة بين العقد والقانون الواجب التطبيق .

سابعا : تقدير الاتجاهات السابقة :

ان جميع الاراء التي قيلت في الاخذ ببعض القرائن ، كقرينة محل التنفيذ او محل الابرام او الموطن المشترك او الجنسية وغيرها ، كضابط للاسناد ، حيث اصابت جانب من الصحة فهي تنبه او تشير الى عنصر جدير بالاهتمام عند تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع . على ان الخطأ الاعتماد على ضابط محدد بالذات واتخاذه قاعدة جامدة ومطلقة ، والاستناد عليه في كافة المنازعات ، وقد راينا من قبل المآخذ والاعتراضات التي تعرض كل ضابط ، فيما لو طبق بمفرده كقاعدة جامدة ، وبالتالي فان اي صيغة جامدة لايمكن ان تقدم حلا مرضيا وصحيحا للقانون الواجب التطبيق ، خاصة في

اخذ المشرع الايطالي بهذا الاتجاه في نص المادة 25 من القانون المدني الصادر في 4 ابريل 1942 عندما اكدت على انه (في حالة غياب اختيار الاطراف للقانون الواجب التطبيق على عقودهم ، فان الالتزامات الناشئة من هذه العقود تكون محكومة بقانون الجنسية المشتركة للطرفين اذا اتحدا جنسية ، اما اذا اختلفا جنسية ، فان هذه العقود تكون محكومة بقانون محل ابرام العقد) ، ويرى بعض الشراح ان الاعتماد على قانون الجنسية المشتركة في الدول التي اخذت بها ، ما هو الا تطبيق للنزعة الوطنية المتطرفة او المتأثرة بافكار الفقيه مانشيني .
ـ د. احمد عبد الحميد عشوش ـ المصدر السابق ، ص129 .

ظل تنوع العقود وتشابك وتعقد العلاقات التجارية الدولية ، ومن ثم يتعين النظر الى كافة الضوابط سالفة الذكر نظرة شمولية كوحدة متكاملة ، ليس لاحدها اهمية تفوق الاخرى ، الا بقدر ما يكون هذا الضابط او ذاك اكثر اتصالا وارتباطا بالعقد محل النزاع ، ولن يتم تحديد ذلك الا اذا نظرنا الى كل عقد على انفراد ، وقمنا بتحليله وبحثنا له عن ضابط الاسناد الملائم بين كل هذه الضوابط حيث يترك لهيئة التحكيم ، اختيار الضابط الملائم بحسب ظروف كل نزاع على انفراد .

الفرع الثاني
موقف المحكم الدولي من قانون الارادة
في العقود الدولية التي تكون الدولة طرفا فيها

لا شك بان المبدأ العام في تعيين القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية يؤيد فكرة اللجوء الى ارادة المتعاقدين الضمنية في حالة تعذر الاختيار الصريح ، وهذا المبدأ يمكن تطبيقه بصدد اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الترخيص وعقود نقل التكنولوجيا ، اذ يستطيع القاضي او المحكم المعروض عليه النزاع ، الوصول الى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة من خلال تحليل شروط العقد ودراسة الظروف والملابسات المحيطة بالعقد ، على نحو يظهر من خلاله ان ارادة طرفي العقد قد انصرفت الى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة[1] ، وهو الامر الذي اقرته هيئات التحكيم بصورة صريحة ، ففي قرار تحكيمي لغرفة التجارة الدولية في باريس مضمونه (نزاع نشب بين دولة افريقية واحد الاشخاص من رعايا بلجيكا ، وكان موضوع العقد امتيازا منح لهذا الشخص في شراء منتجات المناجم على اقليم تلك الدولة ، وقد نشب النزاع الذي عرض على التحكيم ، عندما قامت حكومة هذه الدولة بالغاء هذا الامتياز قبل حلول اجل انتهائه ، وقد اعمل المحكم قانون هذه الدولة

د. ابو زيد رضوان ـ الاسس العامة في التحكيم ، المصدر السابق ، ص145 .

رغم ان العقد قد وقع في بروكسل ومع احد رعايا بلجيكا ، وقد ذهب المحكم الى ان ارادة طرفي العقد قد انصرفت ضمنيا الى تطبيق هذا القانون . وذلك من خلال تحليل الظروف المحيطة بالعقد ، اذ تضمن العقد شرطا يمنع الدولة من انهاء العقد او تعديله بارادتها المنفردة ، ومثل هذا الشرط لا يتفق عليه الا في الاحوال التي يكون فيها القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة المتعاقدة)[1] .

وهناك من يتخذ معيارا غائباً ، يؤدي الى الكشف عن الارادة الضمنية للمتعاقدين في حالة غياب الارادة الصريحة في عقود نقل التكنولوجيا وعقود الترخيص خاصة اذا كان طالب التكنولوجيا دولة نامية ، وقوام هذا المعيار البحث عن القصد من ابرام العقد ، فيرى
(انه لكي تخضع عقود نقل التكنولوجيا لقانون الدولة المتعاقدة ، يجب ان يكون العقد قد ابرم بقصد تحقيق وظيفة من وظائف هذه الدولة ، لذلك انه لا يستساغ ان تخضع الدولة عند قيامها بوظيفة من وظائفها لقانون دولة اخرى ، ما لم تكن قد ارتضت ذلك بصورة صريحة فاذا لم يكن العقد مرتبطا بتحقيق وظيفة من وظائف الدولة ، فليس هناك ما يبرر تمتع الدولة في هذه الحالة بحصانة تشريعية تضعها في مرتبة اسمى من اطراف العقد الاخرين)[2] .

ولا بد من الاشارة الى ان القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، قد يكون هو القانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا ، حتى في حالة غياب الاختيار الصريح او الضمني ، باعتباره القانون الذي ترتبط به هذه العقود ارتباطا وثيقا على نحو يتعين معه تطبيق قواعده ، فعادة ما تبرم عقود نقل التكنولوجيا في اقليم الدولة المتعاقدة ويتم تنفيذها فيه ، فان المحكم المعروض عليه النزاع ، يلجأ في حالة غياب الاختيار الصريح او الضمني بتحليل جميع العناصر القانونية والواقعة بهدف تحديد القانون الذي ترتبط به هذه العقود اكثر من غيره .

قرار لمحكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية في باريس ، في قضية رقم 1526 ، عام 1968 ، منشور عام 1974 ، ص916 .

ـ مشار اليه من قبل د. صادق زغير محيسن ـ المصدر السابق ، ص61 .

د. فؤاد رياض ـ مركز المشروعات العامة في القانون الدولي الخاص ، مجلة مصر المعاصرة ، اوكتوبر 1965 ، ص185 .

ويعتبر مكان ابرام العقد ، مؤشرا غالبا ما يلجأ اليه المحكم في استخدامه كعامل من عوامل تركيز العقد ، ومع ذلك ففي حالة اختلاف محل ابرام العقد عن محل تنفيذه ، اعتبر العقد متركزا في دول محل التنفيذ شريطة ان تكون هذه الدولة طرفا في العقد وهذا ما نلاحظه في قرار تحكيمي لمحكمة غرفة التجارة الدولية في باريس ، ففي قضية ذهب المحكم الى (ان كون الدولة طرفا في العقد له وزنه ، خاصة اذا كان العقد محل النزاع يراد تنفيذه في اقليم هذه الدولة الطرف)[1] .

معنى ذلك ان على المحكم من اجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ، ان يلجأ الى معايير اكثر عمومية من معيار محل تنفيذ العقد او محل ابرامه ، ولعل اكثر المعايير التي برز اللجوء اليها في الفترة الاخيرة من قبل هيئات التحكيم هو معيار القانون الذي تتصل به العلاقة على نحو وثيق ، او كما يطلق عليه البعض ، القانون مركز الثقل ، او قانون الدولة التي تم على اقليمها الوفاء بالاداء المميز للعقد ، وتطبيق هذا المعيار على عقود نقل التكنولوجيا وعقود الترخيص ، يؤدي الى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة بوصفه القانون الذي يتركز فيه الاداء المميز وهو ذلك المتعلق بالتزام الطرف المورد او المرخص .

-Batiffol (H) et Laguared (P) : O. P. cit . 265 .

ـ مشار اليه من قبل د. صادق زغير محسين ـ المصدر السابق ، ص61 .

المبحث الثاني
تطبيق المحكم لقانون وطني
من خلال اعمال قواعد تنازع القوانين

ان المحكم الدولي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة ، عند بحثه عن القانون الواجب التطبيق ، الذي يمكن ان يحكم موضوع النزاع ، في حال غياب الارادة الصريحة او الضمنية للخصوم في اختيار القانون . وبالتالي عليه ان يبحث عن هذا القانون من خلال اعماله لقواعد تنازع القوانين التي يراها ملائمة لطبيعة المنازعة المطروحة على التحكيم ، وبالتالي فان سلطته لا تعدو ان تكون في الواقع سوى سلطة ترجح لاحد القوانين الوطنية على البعض الاخر وسوف نتعرض لموضوع تنازع القوانين في مطلبين ، الاول نتناول فيه التعريف بقواعد تنازع القوانين ، والثاني المعايير التي يتبعها المحكم لتطبيق قواعد تنازع القوانين .

المطلب الاول
التعريف بقواعد تنازع القوانين

القانون يقوم بتنظيم العلاقات او الروابط القانونية للمجتمعات المختلفة ، وهذه العلاقات القانونية تتكون من عناصر ثلاث ، اشخاص العلاقة القانونية وموضوع العلاقة القانونية ونسبة موضوع العلاقة القانونية الى اشخاصها . فاذا كانت عناصر العلاقة او الرابطة القانونية وطنية ضمن نطاق دولة واحدة فلا نكون بصدد تنازع القوانين ، بمعنى أخر لا تثار مشكلة تنازع القوانين ، لان العلاقة القانونية بجميع عناصرها يحكمها قانون دولة واحدة ، ولكن قد تتصل علاقة قانونية خاصة بعنصر او اكثر من عناصرها ، باكثر من قانون واحد كقانون الجنسية وقانون الموطن وقانون محل ابرام العقد ومحل تنفيذ العقد . . . الخ .وينتج عن تعلق القوانين هذه تزاحم وتنازع فيما بينها ، كما يستلزم معرفة اي من هذه القوانين يجب ان تخضع له هذه العلاقة القانونية ، ويدعى ذلك بتنازع القوانين ، وسوف نتعرض هنا لموضوع تنازع القوانين ، من حيث مفهومه وشروطه ونطاقه والاسلوب المعتمد لحل تنازع القوانين .

الفرع الاول

مفهوم قواعد تنازع القوانين[1]

ان الدولة في وقتنا الحاضر اصبحت تضم فضلا عن مواطنيها عددا لا يستهان به من رعايا الدول الاخرى ، حيث اصبحت مسألة الانتقال من دولة الى اخرى في غاية السهولة نتيجة للتطور التكنولوجي ، وما احدثه من تقدم في وسائل النقل والمواصلات . وقد يرتبط الاجانب في دولة ما فيما بينهم ، او فيما بينهم وبين ابناء الدولة التي وجدوا فيها بعلاقات قانونية ، ولذلك تعقدت العلاقات القانونية بين الجنس البشري ، وتنوعت القواعد القانونية التي تحكمها ، واصبحت معرفة تلك القواعد ليست بالامر اليسير في كل حين ، لان لكل مجتمع من هذه المجتمعات نظامه القانوني الخاص وله سلطته الخاصة التي تسهر على ادارة شؤونه ويظهر الاختلاف بشكل واضح فيما يتعلق الامر باكثر من مجتمع ، بالنظر لاختلاف الدول في درجة تطورها وظروفها وبالتالي في انظمتها ، هذا الاختلاف بين قوانين الدول وانظمتها سيثير بلا شك نزاعا فيما بينهما ، كلما اتصلت علاقة قانونية او مركز قانوني بدولة او اكثر .

ان تنازع القوانين يمكن ان يظهر في صور ثلاث ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص ، وتنازع السلطات ، وهذا التنازع بصوره الثلاث . يطمح فقهاء القانون الدولي الخاص الى وضع قواعد عالمية ملزمة لجميع الدول ، ومادام هذا لم يتحقق ، فان كل دولة تختص بوضع قواعد تنازع القوانين الخاصة بها لحل قضايا التنازع بصوره الثلاث ، محددة القانون والسلطة والمحكمة المختصة بالعلاقة القانونية المشوبة بعنصر اجنبي ، مستنيرة في ذلك بما قدمه لها الفقه من دراسة في هذا المجال .

ـ د. حسن الهداوي ، د. غالب علي الداوود ـ القانون الدولي الخاص ، المصدر السابق ، ص9 .

وان حل مشكلة تنازع القوانين ، يتم عادة بواسطة اعمال قواعد معينة تسمى بقواعد تنازع القوانين او قواعد الاسناد ، ويمكن القول بان قواعد الاسناد ، هي القواعد القانونية التي ترشد القاضي او المحكم الى القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي ، وقواعد الاسناد على هذا النحو هي قواعد يضعها المشرع الوطني لاختيار اكثر القوانين المتزاحمة ملائمة لحكم العلاقة الخاصة ، المتضمنة عنصرا اجنبيا واكثرها ايفاءاً بمقتضيات العدالة من وجهة نظره .

الفرع الثاني

شروط تنازع القوانين

لكي يقوم التنازع يجب ان يكون بصدد علاقة قانونية تشتمل على عنصر اجنبي ، اي ان يكون احد الاطراف اجنبيا او يكون موضوعها او سببها اجنبيا ، فاطراف العلاقة هم الذين تنعقد بينهم العلاقة كدائن ومدين او بائع ومشترٍ او مسؤول ومضرور ، وموضوع العلاقة هو المحل الذي ينصب عليه التصرف او تقع عليه الواقعة وسببها هو السبب المنشئ لها اي الواقعة الطبيعية او القانونية او التصرف القانوني او الفعل الضار او النافع او نص القانون[1] .

وعلى ذلك لكي يقوم التنازع بين القوانين يجب ان تتوافر الشروط الاتية :

ان تمتد العلاقة القانونية المعروضة الى اقاليم اكثر من دولة ، اذ لو انحصرت عناصرها في اقليم دولة واحدة ، ما كان هناك محل لتنازع القوانين ، متى كان الاطراف متحدين في الجنسية .

ان يكون المشرع الذي يعرض النزاع امام محاكمه , قد افسح المجال لتطبيق القانون الاجنبي , اذ لو اعتنق كل مشرع مبدأ اقليمة القوانين اقليمية مطلقة ما كان هناك مجال لتطبيق قانون اجنبي وبالتالي التنازع ، بل ان كل مشرع سيطبق قانونه وحده على كل علاقة قانونية تعرض على محاكمه ولكن الواقع هو انه لا يوجد مشرع واحد يعتنق مبدأ

د. علي علي سليمان ـ مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط4 ، الجزائر ، 1993 ، ص24 .

الاقليمية المطلقة , بل ان كل الدول تأخذ قليلا او كثيرا بمبدأ امتداد القوانين .
ان تكون القوانين التي يمكن ان تحكم العلاقة القانونية المعروضة مختلفة في احكامها ، اذ لو كانت احكامها واحدة ، ما كان هناك محل لقيام تنازع بينها .
اذن تلك هي الظروف التي يجب ان تتوافر لكي يقوم التنازع بين القوانين ، وهي كما نرى تفترض قيام علاقات طيبة بين دول معترف بها وبتشريعاتها من الجماعة الدولية ، كما تفترض قيام تبادل تجاري بين الدول ، وامكان انتقال السكان من اقليم دولة الى اقليم دولة اخرى .

الفرع الثالث
نطاق تنازع القوانين

ان مجال اعمال قواعد التنازع او قواعد الاسناد يتحدد بالعلاقات الخاصة من ناحية . وبالصفة الدولية للقوانين المتزاحمة لحكم هذه العلاقات من ناحية اخرى ، وقد اكد الفقه التقليدي ان التنازع لا يتصور الا في اطار القانون الخاص ، اما فروع القانون العام فهي لا تثير مشكلة التنازع أصلا ، وانما قد تثير فقط مشكلة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان ، ومن جهة اخرى فان التنازع لا يقوم الا بين قوانين دول اكتسبت كل منهما الصفة الدولية وفقا لاحكام القانون الدولي العام[1] .
اما بالنسبة للصفة الخاصة لتنازع القوانين ، فان الفقه التقليدي يؤكد ان نطاق تنازع القوانين يتحدد بالمراكز القانونية او العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي ، التي يحكمها القانون الخاص سواء تعلقت هذه المراكز بالمعاملات المالية او بالاحوال الشخصية , ودون تمييز بين ما هو محكوم بالقانون المدني او بالقانون التجاري او غيرهما من فروع القانون الخاص .

د. عز الدين عبد ا ـ تنازع القوانين في القانون المدني الجزائري الجديد ، المصدر السابق ، ص152 .

اما المراكز الخاضعة للقانون العام ، فهي لا تثير تنازعا بين القوانين وانما هي تثير مشكلة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان ، فكل من قانون العقوبات العراقي والجزائري مثلا يحدد الجرائم التي يعاقب عليها ، وهي بحسب الاصل الجرائم التي في حدود اقليم الدولة ، فاذا وقعت جريمة معينة ، فان البحث يثار حينئذ عما اذا كانت هذه الجريمة تخضع لاحكام قانون العقوبات العراقي او الجزائري ام انها تخضع لهذا القانون ، وهذه هي مشكلة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان .

لقد انتهى الفقه التقليدي الى اخراج فروع القانون العام من مجال التنازع ، فالقانون العام يطبق تطبيقا اقليميا ولا يتصور امتداد احكامه الى خارج حدود الاقليم[1] .

لكن الوضع يختلف بالنسبة للمراكز التي يحكمها القانون الخاص ، فلا يكفي ان يقرر القاضي مثلا ان التنازع المتعلق بحالة او اهلية الاجنبي يفلت من احكام القانون
الوطني ، وانما عليه ان يحدد القانون الاجنبي المختص بمقتضى قاعدة الاسناد ويقوم بتطبيقه على النزاع .

اما بالنسبة للصفة الدولية لتنازع القوانين ، فالمقصود بها هو تعدي العلاقات التي تحكمها هذه القواعد للحدود الاقليمية للدولة واحتوائها بذلك على عنصر اجنبي او اكثر , وعلى هذا النحو تتميز العلاقات التي يحكمها القانون الدولي الخاص بكونها علاقات تتجاوز بطبيعتها الحدود الاقليمية ،
ونتيجة لذلك فان التنازع لا يمكن ان يتصور الا بين القوانين لدول اكتسبت كل منها الصفة الدولية وفقا لاحكام القانون الدولي العام .

د. جابر ابراهيم الراوي ـ المصدر السابق , ص 201 .

الفرع الرابع

الاسلوب المعتمد لحل تنازع القوانين

ان مشكلة تطبيق قواعد تنازع القوانين تتكون من شقين ، الاول يتضمن المسألة التي يثار بشأنها النزاع بين القوانين ، والشق الثاني معرفة القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ، وعند اثارة نزاع امام القاضي بشأن علاقة قانونية فيها عنصر اجنبي ، فعلى القاضي ان يحدد طبيعة هذه العلاقة اولا ليعرف صفتها القانونية ، وتحديد موقعها من مجموعة قواعد الاسناد ، وعند ذلك يستطيع معرفة اي قاعدة من قواعد تنازع القوانين هي الواجبة التطبيق ، فمثلا اذا تبين للقاضي ان النزاع متعلق بالاهلية طبق قاعدة (خضوع الاهلية لقانون الجنسية) ، اما اذا تبين ان النزاع متعلق بالشكل طبق قاعدة (شكل العقد يخضع لقانون الجنسية) ، فاذا انتهى من ذلك عليه ان يطبق القانون المختص فعلا بحسب قاعدة الاسناد الوطنية ، فقواعد الاسناد هي التي ترشد القاضي الى القانون الواجب التطبيق .

وعليه فان الاسلوب المعتمد لحل تنازع القوانين يكون بالشكل التالي :

أولاً : التكييف :

يقصد به تحديد طبيعة موضوع العلاقة القانونية واعطائه الوصف القانوني المناسب لاسناده الى قانون معين ، ويعني ذلك ان يسعى القاضي الى تحديد او معرفة مجموعة المراكز القانونية التي ينتمي اليه موضوع العلاقة القانونية (موضوع النزاع) ، عند ذلك يطبق قاعدة الاسناد الخاصة بهذه المجموعة على موضوع النزاع ، وذلك لان قواعد الاسناد لا تضع حلول لكل مسألة تطرح امام القضاء ، بل تضع حلولا لكل مجموعة من المسائل ذات العلاقة ببعضها ، وما على القاضي الا ان يحدد لاي مجموعة ينتمي موضوع النزاع[1] .

وتظهر اهمية التكييف باعتبار ان القانون الواجب التطبيق على نزاع معين يتوقف على التكييف ، ذلك لان التكييف من قانون دولة الى قانون دولة اخرى ، بسبب اختلاف مفهوم الفكرة الواحدة ، وهذا يؤدي الى تكييف مسألة معينة في قانون دولة ما ، تكييفا مخالفا

د عز الدين عبد ا ـ المصدر السابق ، ص155 .

لقانون دولة اخرى ، وفي هذه الحالة ينبغي معرفة القانون الذي نرجع اليه لتكييف المسألة المتنازع عليها ، ولكن وفقا لاي قانون يجب ان يتم التكييف . . . þ[1]

لقد قيلت عدة نظريات بشأن القانون الذي يجب ان يتم التكييف بموجبه[2] ، ولكن المشرع العراقي اخذ بقانون القاضي حيث تنص المادة 17 / 1 من القانون المدني (القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها) ويظهر من هذا النص ان المشرع العراقي قد اخذ بالنظرية التي تعطي الاختصاص في التكييف الى قانون القاضي ، اذ انه ولي الاختصاص في التكييف للقانون العراقي عندما يطلب تحديد نوع العلاقة .

كذلك المشرع الجزائري اخذ بنفس النظرية ، وذلك بموجب نص المادة 9 من القانون المدني ، حيث تقول (يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه) .

وعليه ليس على القاضي العراقي او الجزائري كلما عرض عليه نزاع يتعلق بعلاقة قانونية مشوبة بعنصر اجنبي ، الا ان يرجع الى قانونه ليتعرف على صنف العلاقة او المركز القانوني ليضمها الى فكرة معينة ، ويقصد بالقانون العراقي او الجزائري هو مجموعة القواعد المعمول بها في هذه البلدان ايا كان مصدرها سواءا كان التشريع او العرف او القضاء او الفقه ، وهكذا تبدو اهمية التكييف في تحديد قاعدة الاسناد وبالتالي تعيين القانون الذي يولي اليه الاختصاص لحكم النزاع من الناحية الموضوعية .

ثانياً : الاحالة :

في الحالة التي تشير فيها قاعدة الاسناد الوطنية بتطبيق قانون دولة اجنبية ، وكانت قاعدة الاسناد في الدولة الاجنبية تشير الى تطبيق القانون نفسه ليحكم موضوع النزاع , فالقاضي يطبق القواعد الموضوعية في القانون الذي اشارت اليه قواعد الاسناد .

د. علي علي سليمان ـ المصدر السابق ، ص43 .

ظهرت عدة نظريات في هذا المجال ومن ابرزها ، نظرية اخضاع التكييف للقانون المقارن ، ونظرية اخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع والقانون المختص ، ونظرية اخضاع التكييف لقانون القاضي .

ـ للمزيد انظر د. هشام علي صادق ـ تنازع القوانين ، المصدر السابق ، ص410 وما بعدها .

مثال ذلك ان يعرض على القاضي العراقي نزاع متصل باهلية انكليزي ، فالقانون الواجب التطبيق وفقا لقاعدة الاسناد العراقية ، هو القانون الانكليزي (الاهلية تخضع لقانون الجنسية) في حين ان قاعدة الاسناد في القانون الانكليزي الخاصة بالاهلية تعطي الاختصاص الى قانون الموطن ، فاذا كان الانكليزي المطلوب تحديد اهليته متوطنا خارج انكلترا ، تكون قاعدة الاسناد في القانون الانكليزي قد احالت الاختصاص الى قانون الموطن ، فنكون هنا امام ما يطلق عليه بالاحالة .

اما موقف المشرع العراقي من الاحالة ، فهو واضح من نص المادة 31 / 1 من القانون المدني ، حيث (تقول اذا تقرر ان قانونا اجنبيا هو الواجب التطبيق فانما يطبق منه احكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص) ، ومن خلال هذا النص يتضح رفض المشرع العراقي الاخذ بالاحالة ، وعلى القاضي العراقي عملا بهذا النص اذا ما عرض عليه نزاع يتعلق بعلاقة قانونية مشوبة بعنصر اجنبي ، ان لا يطبق الا القواعد الموضوعية للقانون الاجنبي ، الذي اهدته اليه قاعدة الاسناد ولامحل بعد ذلك للنظر في ما يراه المشرع الاجنبي في قواعد اسناده .

وبطبيعة الحال فان ما قررته المادة 31 / 1 من مبدأ رافض للاحالة ، هو القاعدة ومن الممكن ان يلحقها بعض الاستثناءات التي يقررها نص من قانون خاص او في اتفاقيات خاصة دولية ، لأن المادة 29 من القانون المدني العراقي اجازت الخروج عما تقرره قواعد الاسناد بنص خاص او اتفاقية بقولها (لا تطبق احكام المواد السابقة اذا وجد نص على خلافها في قانون خاص او معاهدة دولية نافذة في العراق) .

ونخلص من ذلك الى ان الاحالة هي (نظرية تقول بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص في القانون الاجنبي الواجب التطبيق)[1] ، ومن الغريب ان القانون المدني الجزائري لم يتعرض للاحالة مطلقا ، ولم يأخذ بها او يرفضها .

د. علي علي سليمان ـ المصدر السابق ، ص49 .

المطلب الثاني

المعايير التي يتبعها المحكم الدولي لتطبيق قواعد تنازع القوانين

بينا ان مبدا سلطان الارادة من المبادئ المعترف بها عالميا ، الا ان هناك اختلافا بين النظم القانونية حول الحدود التي يقف عندها سلطان الارادة ، ولهذا فمن الضروري التحقق من صحة اختيار الاطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد ومدى تطابق ذلك مع القواعد الملزمة للقانون ، مثل قانون مكان ابرام العقد او قانون مكان تنفيذ العقد والمسائل الاخرى التي تتعلق بقواعد القانون الدولي الخاص ، والتي قد يتم الرجوع اليها مثل مسائل التكييف او الاحالة . ولكن يصعب الامر في حالة عدم التعيين الصريح او الضمني لقواعد تنازع القوانين التي تطبق على النزاع ، فكيف يمكن معرفة تلك القواعد في منازعات التجارة الدولية سيما وان المحكم الدولي ليس له قانون اختصاص ولا يصدر قراره باسم هذه الدولة او تلك ، ومن ثم لا يخضع بالتالي الى سيادة اي دولة ، ولو كانت هي او احد رعاياها طرفا في المنازعة التي تعرض على التحكيم[1] . وعلى ذلك فان المحكم الدولي يتمتع بقدر من الحرية او السلطة التقديرية ، عند معرض بحثه عن القانون الذي يمكن ان يحكم النزاع من خلال اعماله لقواعد تنازع القوانين . وقد اكدت تلك الحرية التي يتمتع بها المحكم الدولي بهذا الخصوص بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم الدولي ، مثل المادة السابعة من الاتفاقية الاوربية بشأن التحكيم التجاري الدولي (جنيف 1961) التي تقضي بأنه (في حالة غياب اختيار الاطراف للقانون الذي يحكم موضوع النزاع فانه يجب على المحكمين تطبيق القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة في الحالة المعروضة) . كذلك تقرر تلك الحرية للمحكمين المادة 130 / 3 من اللائحة الجديدة لغرفة التجارة الدولية الصادرة في حزيران 1975 ، والتي تقضي في حالة غياب قانون الارادة الصريحة او الضمنية بان يطبق المحكم (القانون الذي تحدده قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة بهذا الخصوص)[2] .

د. فوزي محمد سامي ـ المصدر السابق ، ص188 .

ان النص المذكور نجده حرفيا في المادة 13 من قانون جيبوتي الخاص بالتحكيم التجاري الدولي الصادر قي 13 شباط 1984 .

ومن الطبيعي أن مثل هذه الحرية أو السلطة التقديرية التي يتمتع بها المحكم
الدولي ، في شأن تعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع ، تضعه أمام الكثير من الخيارات النظرية
بين النظم القانونية المختلفة والتي يتعين أن يختار من بينها قواعد التنازع الأكثر ملائمة لطبيعة

المنازعة المطروحة على التحكيم . وقد تعددت واختلفت الإجتهادات والمعايير في شأن تغيين القانون
الذي يحكم موضوع النزاع باستخدام قواعد تنازع
القوانين ، ومن هذه الإتجاهات ما يلي :

أولاً : الاخذ بقواعد التنازع للبلد الذي تم اختيار قانونه ليطبق على النزاع :

يرى جانب من الفقه[1] ، ان تعيين الاطراف للقانون سوف يحترم في جميع الاحوال ، ولكن اضافة الى ذلك بالنسبة للمسائل التي تدخل في نطاق القانون المذكور ، يتم الرجوع فيها الى قواعد القانون الدولي الخاص لذلك البلد ، ويضيف ايضا هذا الرأي ان القانون الذي يطبق على التحكيم يطبق ايضا على المشاكل الخاصة بتنازع القوانين ، ويجب على المحكمين تطبيق القانون الدولي الخاص للبلد الذي يخضع التحكيم لقانونه ، فالاطراف عندما يحددون القانون الواجب التطبيق على التحكيم فانهم في نفس الوقت يعينون قواعد القانون الدولي الواجبة التطبيق على نزاعهم ، ان هذا الرأي لم يسلم من النقد فبالاضافة الى انه يحمل ارادة الطرفين في النزاع فهو يحمل تفسيرا أكثر مما يجب ، ذلك لأن الطرفين عندما يختارون قانون بلد معين لتطبيقه في التحكيم على النزاع ، لا يعني انصراف ارادتهم ايضا الى تطبيق قواعد تنازع القوانين لذلك البلد ، يضاف الى ذلك ان الاطراف قد يختارون قانونا معينا ، وانما ينصب اختيارهم على تطبيق قواعد من قوانين مختلفة او تلك القواعد مع قواعد اخرى خاصة بالتعامل التجاري .

ثانياً : تطبيق قواعد تنازع القوانين للبلد الذي يجري فيه التحكيم :

هذا الاتجاه يتزعمه الاستاذ (سيزار هل) ، وفيه يرى انطلاقا من الطبيعة القضائية لنظام التحكيم التجاري الدولي ، انه في حالة غياب اختيار الاطراف في المنازعة اختيارا صريحا او ضمنيا للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، فانه ليس على المحكم الا ان يحرك قواعد تنازع القوانين في قانون الدولة التي يجري على اقليمها التحكيم ، لكي

وهذا ما يراه الفقيه **coldman** والفقيه **fragistas** . اشار اليه د. فوزي محمد سامي ، المصدر السابق ، ص189 .

يحدد القانون الذي يحكم موضوع النزاع ، بمعنى اخر قانون الدولة التي يجري التحكيم على اقليمها يكون هو بمثابة قانون القاضي بالنسبة للمحكم الدولي ، ليس فقط لاجراءات سير المنازعة ، بل وايضا بالنسبة لقواعد تنازع القوانين التي يتحدد على ضوئها القانون الذي يحكم موضوع النزاع[1] .

اعمالا لهذه النظرية صدرت عن معهد القانون الدولي قواعد موحدة ، وتم التصديق عليها في اجتماعات امستردام 1957 و نيوساتل 1959 والمعروفة الان باسم قواعد نيوساتل وتقضي المادة 11 من هذه القواعد على ان قواعد الاسناد السارية في دولة مكان التحكيم يجب اتباعها من قبل المحكم لتحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع .

ان هذه النظرية التي تجعل من مكان التحكيم نقطة انطلاق لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ومعرفة القانون الدولي الخاص ، الذي سيطبق لم يسلم من الانتقادات التي وجهت اليه ومنها ما يلي :

ان هذه النظرية تخضع تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع من قبل المحكم الدولي ، لنوع من المصادفة وقد يتعلق بالاختيار الشخصي للمحكم او حتى بالمزاج السياحي للمحكمين فضلا على ان هذا الاختيار قد لا يكون له ادنى صلة بالنزاع المطروح على التحكيم .

كذلك ان المحكم الدولي وهو اذ يتصدى للفصل في النزاع ، فانه لا يستمد سلطاته في هذا الشأن من تفويض ايا كان نوعه من الدولة التي يجري على اقليمها التحكيم ، حتى يمكن فرض قواعد تنازع القوانين في هذه الدولة على المحكم كأساس او كمعيار لتحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع .

هناك صعوبة اخرى يمكن أن تثار عند اعمال هذه النظرية ، الا وهي تحديد (مكان التحكيم) او (محل التحكيم) والذي يتحدد على ضوئه قانون القاضي ، بالنسبة للمحكم الدولي ، والذي تحدد على ضوئه قواعد التنازع في القانون الذي يحكم موضوع النزاع ، وهل مكان التحكيم هو المكان الاول لاجتماع المحكمين ؟ وما هو

انظر في هذا الصدد تقرير الاستاذ **Sauser - Hall** المنشور في حولية معهد القانون الدولي ، 1952 ، المجلد الاول ، ص469 وما بعدها ، وحولية عام 1957 ، المجلد الثاني ، ص394 وما بعدها .

الجواب في حالة اجتماع المحكمين في دول مختلفة ؟ او هل هو مكان الاقامة الدائمة العادية لرئيس هيئة التحكيم او محكمة التحكيم ؟ وما هو الجواب في حالة اجتماع المحكمين فيما بينهم دون تحديد مكان معين لهذه الاجتماعات مع احتمالية تعددها , وكذلك في حالة ان تكون في محل اقامة المحكم الواحد اذا لم يوجد سوى هذا المحكم واذا تم التحكيم بين الاطراف عن طريق المراسلة ، كما انه قد يكون الواقع الى اختيار مكان ما للتحكيم راجعا الى بحث اطراف النزاع عن مكان يمثل موقعا حياديا ، وقد يكون اختيار مكان التحكيم من قبل المؤسسة التي تتولى التحكيم[1] .

ان النزاع في التحكيم الدولي ليس كالنزاع الداخلي بالرغم من ان القانون الخاص بالاجراءات يطبق على اجراءات التحكيم الدولي ، الا ان الامر يختلف بالنسبة لموضوع النزاع ، حيث نكون امام علاقة قانونية دولية لها صلة بالاقتصاد او بالتجارة الدولية ولهذا فان التحكيم هو تحكيم دولي ، وعليه فالمحكم يجب ان لا يلزم بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص للبلد الذي يجري فيه التحكيم[2] .

ثالثاً : تطبيق احكام القانون الدولي الخاص لبلد المحكم :

بموجب هذا الرأي على المحكم ان يلجأ الى تطبيق قواعد تنازع القوانين الخاصة ببلده اي بلد المحكم نفسه ، وتبرير ذلك ان المحكم له معرفة واطلاع واسع عن تلك القواعد الخاصة في نظامه القانوني ، يضاف الى ذلك ان الاطراف عندما تختار محكما
معينا ، يفترض فيها انها قد اختارت ايضا وبشكل ضمني او غير مباشر النظام القانوني لبلد المحكم , وبعبارة اخرى ان اطراف النزاع عندما يتفقون على تعيين المحكم فانهم في نفس الوقت يعبرون عن موافقتهم بان يطبق المحكم القواعد الخاصة بتنازع القوانين لبلده .يعاب على هذا الرأي , انه ينتقص من كفاءة اغلب المحكمين الدوليين يشكك في قدرتهم على معرفة الانظمة القانونية الخاصة بقواعد القانون الدولي الخاص غير تلك التي تخص بلدهم ، كما يعاب على الرأي المذكور انه يشكل التفافا حول قواعد تنازع القوانين , لكي ينتهي الامر الى تطبيق قانون بلد المحكم على موضوع النزاع ، والنتيجة هي تطبيق قانون لا علاقة له بموضوع النزاع ولم يخطر ببال اطراف النزاع مثل هذا القانون[3] .

د. ابو زيد رضوان ـ المصدر السابق ، ص35 .

د. فوزي محمد سامي ـ المصدر السابق ، ص192 .

د. ابراهيم احمد ابراهيم ـ المصدر السابق ، ص51 .

رابعاً : تطبيق قواعد التنازع للبلد الذي فيه الاقامة المشتركة او الجنسية المشتركة للاطراف :

بموجب هذا الرأي ، على المحكم في حالة انتفاء الاشارة الصريحة او الضمنية الى القانون الواجب التطبيق ، البحث عن القانون الذي يطبق على النزاع من خلال قواعد تنازع القوانين للبلد الذي فيه الاقامة المشتركة او الجنسية المشتركة لاطراف النزاع[1] .

ويعاب على هذا الرأي صعوبة تطبيقه في التحكيم التجاري الدولي الذي يمثل الوسيلة الفعالة في حسم المنازعات الناشئة عن المعاملات التجارية الدولية , وفي الغالب لا يحمل اطراف النزاع جنسية مشتركة بل تكون لكل منهم جنسية مختلفة عن الاخر ومن النادر ان يكون لهم محل اقامة مشتركة .

خامساً : تطبيق قواعد التنازع للقضاء الذي استبعد بموجب اتفاق التحكيم :

ذهب رأي اخر , الى ان المحكم الدولي يستطيع تحديد القانون ، الذي يحكم موضوع النزاع من خلال اتباعه قواعد تنازع القوانين في قانون المحكمة التي كان من المفروض ان تختص بالفصل في النزاع والتي استبعدت بموجب شرط او اتفاق التحكيم ، وبعبارة اخرى يرى انصار هذا الاتجاه ان يطبق المحكم قانون القاضي الذي استبعد اختصاصه بمقتضى شرط التحكيم .

يعاب على هذا الرأي , انه يهدر اساسا الحكمة من قيام نظام التحكيم التجاري الدولي , وهي اعتاق التجارة الدولية في شأن ما يثار فيها من منازعات من الخضوع لقواعد تنازع القوانين , كما تعرفها التشريعات الوطنية وتفرضها على قضاتها في ذات الوقت ، الذي يحكم في هذه المنازعات على ضوء قانون او قواعد تكون الانسب موضوعيا لطبيعة المنازعة ولاطرافها على حد سواء ، ذلك لان المنهج التقليدي في القانون الدولي الخاص لم يعد مؤهلا الان لحل المشاكل التي يطرحها واقع العلاقات القانونية الخاصة في مجال مثل التجارة الدولية[2] .

د. محمد عبد ا المؤيد ـ المصدر السابق ، ص161 .

د. ابو زيد رضوان ـ المصدر السابق ، ص41

كما يعاب على هذا الرأي عدم امكانية تطبيقه من الناحية العملية ، ذلك لانه في المعاملات الدولية ليس من السهل تحديد المحكمة المختصة في النزاع والتي تكون قد استبعدت بموجب شرط التحكيم او مشارطة التحكيم .

سادساً : تطبيق قواعد التنازع للبلد الذي سينفذ فيه حكم التحكيم :

هناك اتجاه اخر[1] ، يقول بان للمحكم الدولي ان يبحث عن القانون الذي يحكم موضوع النزاع من خلال اعماله لقواعد تنازع القوانين ، في قانون الدولة التي سيجري فيها تنفيذ القرار الذي يصدره في المنازعة التي طرحت على التحكيم ، وهذا الاتجاه يعكس القلق الذي يساور المحكم الدولي ويضعه في اعتباره دائما ، الا وهو مصير القرار الذي يصدره في الدولة التي يطلب اليها تنفيذه وذلك بما يوجد لسلطات هذه الدولة وفقا لاحكام المادة الخاصة (فقرة 1 / ب) من اتفاقية نيويورك1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ قرارت المحكمين الاجنبية رفض الاعتراف بقرار المحكم او تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذه الدولة على الاقل بمفهومه الدولي ، وتحسبا لذلك يقدر البعض ان يحسن بالمحكم تطبيق القانون الذي تعينه قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص بدولة التنفيذ .

ويعاب على هذا الرأي , بأن يستبق عمل المحكم في شأن تعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع بصعوبات عملية ، يتعين على المحكم حلها ابتداءا ، وهي في الاساس ضرورة تحديد الدولة التي سينفذ قرارها على اقليمها ، ويثير هذا التساؤل كيف يتسنى للمحكم ان يعرف على وجه الدقة اين سينفذ قرار التحكيم ، ومالعمل اذا كان يتعين تنفيذ قرار التحكيم في اكثر من دولة ?

وتبدو ان هذه النظرية تخلط بين مسائل مختلفة مسألة تنازع القوانين حول القضايا التي يتعرض لها المحكم في معرفة القانون الواجب التطبيق ، عند عدم اتفاق اطراف النزاع على تحديده ، وبين المسائل التي قد تثار فيما بعد امام القاضي لكي يصدر قراره بتنفيذ حكم التحكيم او رفض تنفيذه .

د. احمد عبد الكريم سلامة ـ المصدر السابق ، ص249 .

ـ كذلك د. ابو زيد رضوان ـ المصدر السابق ، ص67 .

سابعاً : تطبيق قواعد التنازع الانسب موضوعا لحكم النزاع :

يقول انصار هذا الاتجاه[1] ، بان المحكم الدولي لا يتقيد سلفا في حالة غياب الاختيار الصريح او الضمني لقانون وطني لحكم موضوع المنازعة ، باتباع تنازع القوانين في قانون معين ، ليتحدد على ضوئها القانون الذي يحكم موضوع النزاع ، ونتيجة لذلك فانه يقع على كاهل المحكم الدولي البحث عن اي قانون يكون الانسب موضوعيا لحكم موضوع النزاع , ويكاد يصبح هذا المعيار اي القانون الانسب موضوعيا من المبادئ التي ترسخت في لوائح هيئات التحكيم ، او في قرارات التحكيم التجاري الدولي والتي اصبحت بمثابة السمات البارزة (للقانون الدولي الخاص للتحكيم التجاري الدولي) ، وان اصحاب هذا الاتجاه يرون انه لا بأس أن يستخدم المحكم الدولي هذه الحرية في البحث عن القانون الانسب لتطبيق المبادئ المشتركة لقواعد التنازع في القوانين التي يرتبط بها النزاع ، اي تلك التي تتراءى للمحكم وكأنها تتجاذب فيما بينها حكم موضوع النزاع ، وذلك بالنظر الى صلتها الموضوعية بالنزاع الذي يتصدى للحكم فيه ويستطيع المحكم عن هذا الطريق ، تخطي صعوبة تغليب احد هذه القوانين على البعض الاخر ، واعمال قواعدها المشتركة طالما انها تؤدي الى نفس النتيجة ، بالنسبة لتعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع كذلك يستطيع المحكم أن يهتدي الى القانون الذي يحكم موضوع النزاع من خلال تطبيق مقارن للمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص ، في النظم القانونية المختلفة دون ان يجبر بالضرورة على اتباع قانون اختصاص محدد سلفا .

ثامناً : تقدير الاراء السابقة :

يتبين لنا من كل ما سبق عند غياب الارادة الصريحة لطرفي النزاع ، وعدم معرفة ارادتهما الضمنية حول القانون الواجب التطبيق او قواعد القانون الدولي الخاص بتنازع القوانين ، فان المحكم الدولي لا يتقيد باتباع قواعد التنازع في قانون وطني معين او تطبيق ذلك القانون على موضوع النزاع .

نشر الفقيه الامريكي **Reese** نظريته (نظرية اوثق صلة) في عدة مؤلفات ، في عرض لهذه النظرية :

- د. ابراهيم احمد ابراهيم - اسلوب الاسناد ، المصدر السابق ، ص85 وما بعدها .
- د. محمد عبد ا المؤيد - منهج القواعد الموضوعية ، المصدر السابق ، ص162 .

وتأكيدا لحرية المحكم فقد وجدت نظرية اخرى مفادها ان المحكم يختار القانون الاكثر صلة وملائمة لموضوع النزاع ، اخذا بنظر الاعتبار القواعد المتعارف عليها في التعامل التجاري الدولي . حيث لم يرق لصاحب هذه النظرية وهو الفقيه الامريكي **Reese** مقرر المدونة الامريكية الثانية الصادرة في عام 1969 والتي نشرت في عام 1971 ، اسلوب قاعدة الاسناد بوصفها وسيلة تقليدية لفض تنازع القوانين في العلاقات الخاصة الدولية ، ويرى ان التجربة الحديثة اثبتت خطأ الكثير من هذه القواعد , اذ ان علم تنازع القوانين يعد علما شديد الاتساع وموضوعاته معقدة الى حد كبير ، ومن الصعب تنظيمه وفقا لقواعد جامدة ، ليس بوسعها مواجهة التطورات المتلاحقة للعلاقات الخاصة الدولية ، علاوة على ذلك فان الاهداف التي يسعى القانون الدولي الخاص الى تحقيقها لا تقتصر على الاهداف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدول التي تتنازع قوانينها , وانما اتسع مفهوم هذا القانون ليشمل ضرورة تحقيق اهداف اخرى منها وحدة الحلول الواجبة الاتباع ، وضرورة مراعات توقعات اطراف العلاقة العقدية وتحقق العدالة والمساواة ، والوصول الى ذلك لا يمكن ان يتم من خلال قواعد التطبيق ، وذات طابع محايد كما هو حال قواعد الاسناد التقليدية ، وانما يفضل البحث عن قواعد تتسم بالدقة والتفصيل لكل مسألة على حدة بحثا عن القاعدة الموضوعية التي تحكمها , وذلك من خلال فكرة اساسية وهي اسناد الاختصاص لقانون الدولة الاوثق صلة بالمسألة محل البحث[1] .

وخلاصة القول , انه اذا كانت كافة النظريات الامريكية قد هاجمت قواعد الاسناد كونها تؤدي في النهاية الى تطبيق قانون وطني ، فان هذه النتيجة هي حصيلة كافة النظريات السابقة والتي يؤدي بدورها الى تطبيق قانون وطني وترجح قانون القاضي ، وان ترجيح قانون القاضي ومنحه اختصاصا عاما في العلاقات الدولية الخاصة ، يؤدي كما ذهب اليه بعض الفقه ، الى سيطرة هذا القانون على كل منازعات القانون الدولي الخاص وفرض حكمه عليها ، على النحو الذي يصبح فيه قانونا ذا اختصاص شامل وكامل[2] .

للمزيد انظر عرض النظرية من قبل د. ابراهيم احمد ابراهيم ـ المصدر السابق ، ص85 وما بعدها .

د. هشام علي صادق ـ مركز القانون الاجنبي امام القانون الوطني ، المصدر السابق ، ص337 .

هذه النظرية تمثل النتيجة المنطقية والاسلوب العملي في مجال التجارة الدولية ، لهذا نجد آثارها واضحة في نصوص بعض الاتفاقيات الدولية[1] ، وفي بعض قواعد التحكيم الدولية ، وكذلك في بعض القوانين الوطنية الحديثة التي عالجت في نصوصها مسائل التحكيم التجاري الدولي .

حيث جاءت احكام اتفاقية روما لسنة 1980والتي اعتبرت نافذة عام 1991 واضحة ، حيث جاء حكم المادة الرابعة منها ، في حالة عدم وجود اختيار صريح او مؤكد للقانون الواجب التطبيق ، فان المبدأ العام وفقا لهذه المادة هو خضوع العقد لقانون الدولة التي يرتبط بها ارتباطا وثيقا ، فالصلة الوثيقة هذه هي التي تبرز خضوع العقد لقانون هذه الدولة او تلك ، ومعنى ذلك ان الاتفاقية منحت قاضي النزاع سلطة تقديرية في اجراء موازنة بين كافة عناصر العقد لتحديد اي منهم اكثر ارتباطا به ، واسناد العقد لقانون هذا المركز بحسبانه اوفر صلة بالنزاع .

الفصل الثاني

تطبيق المحكم الدولي

لقواعد قانونية ذات طابع دولي

ان المحكم الدولي في منازعات التجارة الدولية ، يجد نفسه في كثير من الاحيان ، مضطرا الى حل النزاع بين الاطراف على ضوء قواعد من خلق عادات واعراف التجارة الدولية ، وهي قواعد تستقل بكيانها ومنابعها عن القوانين الوطنية ، او يقوم المحكم الدولي بتطبيق قواعد العدل والانصاف لحل النزاع بين الاطراف ،وقد يلجأ المحكم الى تطبيق المبادئ العامة للقانون (المبادئ المشتركة للامم المتحضرة) او يقوم بتطبيق نصوص الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم ، او يقوم بتطبيق القواعد التي وضعتها هيئات التحكيم الدولية ، وعليه فاننا سنقسم هذا الفصل الى اربعة مباحث ، وكما يلي :

المبحث الاول : تطبيق المحكم لعادات واعراف التجارة الدولية .

المبحث الثاني : تطبيق المحكم للمبادئ العامة في القانون (المبادئ المشتركة في الامم المتحضرة) .

المبحث الثالث : تطبيق المحكم لنصوص الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم .

المبحث الرابع : تطبيق المحكم للقواعد التي وضعتها هيئات التحكيم الدولية .

المبحث الاول
تطبيق المحكم لعادات واعراف التجارة الدولية

في قضاء التحكيم التجاري الدولي ، نجد ان المحكم الدولي يسعى دائما الى ايجاد الحلول الذاتية التي تلائم معاملات وعقود التجارة الدولية عن طريق ارساء بعض العادات والقواعد ، التي لا نظير لها في الانظمة والقوانين الوطنية ، وذلك تجاوبا مع مقتضيات وضرورات الحياة الدولية للتجارة عبر الحدود . فقضاء التحكيم يمنح سلطته للعادات المتبعة في الاوساط المهنية ويساعد على تحديد مضمونها وخلق عادات جديدة ، وعن طريق تكرار حلول التحكيم التجاري الدولي لمشاكل العقود الدولية , يصير القانون الموضوعي للتجارة عبر الحدود , فقانون السوابق الذي تتبلور فيه القواعد الملائمة لتلك المشاكل والعادات التجارية هي قواعد من طبيعة تعاونية ، فهي غالبا ما تكون خاصة بكل مهنة او كل فرع من فروع التجارة الدولية ، فهناك العادات السائدة في مجال تجارة الحبوب وتجارة الحرير والصوف وتجارة الجلود والعادات الخاصة بتحصيل الاوراق التجارية ، والعادات السائدة في الاوساط المصرفية خاصة بالاعتمادات المستندية ، وعادات بيع المصانع جاهزة الانتاج ، كما ان هناك العديد من العادات والاعراف التي قننتها العقود النمطية او النموذجية[1] . ومهما يكن من امر تعداد العادات ذات النشأة التلقائية ، فان المحكم الدولي يجد نفسه مضطرا الى حل النزاع على ضوء قواعد ، من خلق عادات واعراف التجارة الدولية ، قواعد تستقل بكيانها ومنابعها عن القوانين الوطنية ، اي ان يكون قرارا طليقا لعادات واعراف التجارة الدولية كثيرا ما يصطدم بعقبات من نوع اخر ، وهي في الاساس البحث عن مصادر ومضامين هذه العادات والاعراف ومتى يتعين عليه او يجوز له تطبيق مثل هذه الاعراف[2] .

د. احمد عبد الكريم سلامة ـ نظرية العقد الدولي الطليق ، المصدر السابق ، ص55 .

يعرف العرف بانه (اعتياد الناس على سلوك معين في مسألة من المسائل مع اعتقادهم بلزوم هذا السلوك وبان مخالفته تستوجب توقيع جزاء مادي جبري) . وتجدر الاشارة الى انه لا يكفي لقيام الركن المادي وهو السلوك المتكرر على عمل معين ، بل يتعين ايضا توافر شروط معينة يقوم عليها ركن الاعتياد واهمها العموم والقدم واثبات عدم مخالفة النظام العام والاداب . في تفصيل ذلك د. محمد شكري سرور ـ النظرية العامة للقانون ، ط2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 ، ص217 .

المطلب الاول
مصادر عادات واعراف التجارة الدولية

تتعدد مصادر هذه القواعد بتعدد واختلاف مجالات التجارة الدولية ، وهي عديدة ولعل من اهم مصادر قواعد وعادات واعراف التجارة الدولية ما يلي :

الفرع الاول
الشروط العامة للعقود النموذجية او ذات الشكل النموذجي

ان هذه العقود في شروطها العامة لا ترتبط بقانون دولة او دول معينة ، بل ان اطراف هذه العقود انما يهدفون من ورائها الى التخلص من الخضوع للقوانين الوطنية ، لعدم ملائمتها لضرورات التجارة الدولية ، كما انه من الملاحظ ان هذه القواعد التي تحكم هذه العقود لا تستمد من تشريعات دولة ما ، ولا من معاهدات دولية وانما تستمد من نصوص العقد ذاته ، وربما كانت العقود النموذجية التي تولدت عن التجارة وبيع الحبوب والتي صدرت عن جمعية لندن لتجارة الحبوب والتي تأسست سنة 1877 من اوليات العقود ذات الشكل النموذجي ، ولقد اتسع العمل بهذه العقود في مجالات شتى وقامت بعض اللجان المتخصصة للامم المتحدة مثل اللجنة الاقتصادية الاوربية بصياغة الشروط العامة لبعض هذه العقود ، مثل عقود التوريدات والانشاءات الصناعية وعقود توريد الماكينات والالات والمصانع ، وكذلك الامر بالنسبة للعقود الواردة على نقل التكنولوجيا والترخيص باستخدامات التكنولوجيا ، كذلك فقد انتشرت الشروط العامة والموحدة لعقود التجارة الدولية ذات الشكل النموذجي بين الكيانات الدولية المتقاربة جغرافيا او سياسيا[1] .

د. كمال ابراهيم ـ التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، ط1 ، القاهرة ، 1991 ، ص75 .

ان الشروط العامة للعقود النموذجية ، ليس لها اي صفة الزام ولاتسري احكامها الا اذا اتفق الاطراف صراحة وكتابة على الاخذ بها ، ثم ان للاطراف ادخال بعض التعديلات على بعض احكامها ، حيث يترك للاطراف امر ما اختياريا من عدة امور كما انها بشكل عام تكون العقود اختيارية ، ولا تسري على اي معاملة الا اذا وقع الطرفان عليها كجزء من عقدهما .

الفرع الثاني

القواعد الدولية لتفسير مصطلحات التجارة الدولية

بالرغم من وجود الكثير من العادات واعراف التجارة الدولية غير المقننة في مجال البيوع الدولية وعقود نقل التكنولوجيا ، والتي درج المتعاملون على اتباعها ، الا انه كثيرا ما نشب النزاع بسبب تفسير تلك العادات والاعراف التجارية ، ومن هنا سعت غرفة التجارة الدولية الى وضع تفسيرات موحدة للمصطلحات التجارية التي اعتاد جمهور المتعاملين على اتباعها بشكل مطرد وانتهت غرفة التجارة الدولية من وضع التفسيرات الموحدة للمصطلحات التجارية سنة 1946 بعد استطلاع رأي المتخصصين ، وبمراعاة العرف التجاري الغالب في شأنها ، حيث وضعت التفسير ونوهت بأنه العرف السائد بالنسبة لمنطقة معينة او تجارة معينة ، غير انه اعيد صياغة تلك التفسيرات سنة 1953 وادخلت طائفة جديدة من القواعد التي تبين انها متبعة في العمل ، وتضم تلك المجموعة تفسيرا موحدا لعدة مصطلحات ، وكان اخرها ما اتفق عليها عام 1990 والطريقة المتبعة في وضع التفسير هي ذكر المصطلح ثم توضيح ما يشتمله من التزامات بالنسبة لطرفي العقد ، وتتعلق الالتزامات التي يعددها التفسير عادة حول ميعاد التسليم ومكانة المستندات اللازمة للتصدير والاستيراد ومصروفات الشحن والحزم والتغليف والتأمين والثمن وتبعة الهلاك . . . الخ[1] .

د. رمضان ابو السعود ـ المصدر السابق ، ص70 .

وبالرغم من النجاح الكبير الذي حظيت به هذه التفسيرات ، والاشارة اليها كثيراً في عقود المنشات التجارية والجماعات المهنية ، كما وان اللجنة الاقتصادية الاوربية ادرجت في بعض عقودها النموذجية ، تلك التفسيرات حتى اعطاها البعض صيغة العقود المكملة والمفسرة ، غير ان تلك التفسيرات ليس لها اي صفة الزامية ويتعين على المتعاقدين الاشارة اليها ، اذا ما رغبا في اتباعها فهي مجرد قواعد اختيارية كما تذهب صراحة الى ذلك في حقوقها اي انها عبارة عن توصيات يمكن الاحتكام اليها او طرحها جانبا[1] .

الفرع الثالث

القواعد الموحدة بشأن الاعتمادات المستندية

ان الاعتماد المستندي[2] ، عبارة عن عمل قانوني مركب من عدة تصرفات قانونية بعضها سابق على فتح الاعتماد والاخر لاحق على فتح الاعتماد ويتداخل فيه العديد من العقود كالبيع والنقل والتأمين والرهن وعقود الترخيص باستغلال التكنولوجيا , ويتطرق العنصر الاجنبي غالبا الى هذه العلاقة من ناحية اطراف العلاقة او الموضوع او سبب المنشئ لها الامر الذي يؤدي الى اختلاط الامر الى فض النزاع بين القوانين ، فيما لو نشأ نزاع بصدد العملية خاصة مع تباين التشريعات الوطنية . وقد لوحظ ان مختلف البنوك تسير في شأن الاعتماد المستندي على مجموعة عادات واعراف متشابهة في كافة البلدان ، وبالرغم من هذا التشابه الا انه كثيرا ما نشأ النزاع بين البنوك في ما بينها ، لابسبب الاختلاف على وجود القاعدة العرفية ولكن بسبب الاختلاف على تفسيرها ، الامر الذي دفع الى وضع قواعد موحدة بشأن الاعتماد المستندي مع مراعات العرف السائد ، وقد ساعدت هذه

د. ابو زيد رضوان ـ المصدر السابق ، ص115 .

الاعتماد المستندي هو وسيلة فنية تحقق مصالح طرفي العقد من خلال الاستعانة بشخص وسيط ، عادة ما يكون مصرفا يثق به كل من البائع والمشتري ، وعلى هذا فان الاعتماد المستندي يعد عقدا مستقلا عن العقد الاصلي الذي فتح الاعتماد بسببه . هذا ما اكدته المادة الثالثة من لائحة قواعد واعراف الاعتمادات المستندية ، نشرة غرفة التجارة الدولية رقم 500 المعمول بها من اول يناير 1994 ، اشار اليه د. طارق عبد ا المجاهد ـ المصدر السابق ، ص190 .

القواعد على تقليل تنازع القوانين في مسائل الاعتماد المستندي ، الا انها لم تقطع دابره لان القواعد الموحدة ظلت وطنية خالصة خاضعة لتفسير المحاكم الوطنية ولطالما اختلفت المحاكم بشأن التفسير .

ومع ان تلك القواعد قد لاقت القبول في الممارسات المصرفية ، الا ان تطور الحياة وتقدم سبل المواصلات والاتصال اللاسلكي والتلكس واتساع نطاق التجارة مع ما جد من امور ، كشف عنها الواقع العملي وحازت هذه التعديلات قبول معظم البنوك في دول العالم واضحت قواعد معمولا بها في جميع دول العالم . هذا من جهة ومن جهة اخرى ، يذهب جانب من الفقه[1] , الى ان مجموعة القواعد الموحدة ليس لها اي صفة الزامية فهي مجرد قواعد اختيارية يلزم الاشارة اليها عند فتح الاعتماد وفي الخطاب الذي يوجهه البنك الى المستفيد حتى تصبح جزءا من العقد وتكون له صفة الالزام , وذلك تأسيسا على ان القواعد الموحدة بشأن الاعتماد المستندي من وضع هيئة غير حكومية ولم تقرها اتفاقية مبرمة بين الدول فلا تعتبر قانونا ومن ثم فليس لها صفة الزامية بوصفها هذا .

ويذهب جانب اخر الى ان تلك القواعد قد اضحت بمثابة عادات واعراف تجارة دولية ، نظرا لاطراد العمل المصرفي عليها في عامة انحاء العالم[2] . واننا نؤيد هذا الرأي لما لعادات واعراف التجارة الدولية من الاهمية في العلاقات التجارية الدولية .

د. ثروت حبيب ـ المصدر السابق ، ص86 .

ويذهب البعض الى ان تلك القواعد والعادات تتمتع بالصفة الملزمة نتيجة اطراد العمل وذيوعها ، اذ يؤكد الدكتور ثروت حبيب (ان الاعتمادات المستندية يجري العمل بوصفها قاعدة متعارفا عليها في كافة الدول ، الامر الذي يؤكد ان هذه القاعدة غدت من قبل العادات والاعراف الدولية المستقرة ، وهي بهذا يجري تطبيقها ولو لم تكن اشارة صريحة اليها من طرفي العلاقة العقدية ، ما لم يتم استبعاد تطبيقها صراحة) . اذ قامت غرفة التجارة الدولية بتعديل القواعد الخاصة بالاعتمادات المستندية سنة 1951 ، 1961 ، 1974 ، 1983 واخيرا 1993 .

ـ د. ثروت حبيب ـ المصدر نفسه ، ص64 .

المطلب الثاني

مدى تطبيق عادات واعراف التجارة الدولية

ان المحكمين في منازعات التجارة الدولية يلجأون الى تطبيق عادات واعراف التجارة الدولية على موضوع المنازعة لاسباب متنوعة تختلف باختلاف خصوصية النزاع ، من هذه الاسباب ما يلي :

أولاً : يلجأ المحكم الدولي الى تطبيق عادات واعراف التجارة الدولية ، عند استحالة تطبيق قانون معين على موضوع النزاع ، سواء بسبب نقص في العقد موضوع النزاع او بسبب تناقض وتعارض موقف اطراف المنازعة وعدم امكانية ربط النزاع بقانون معين , ومثال ذلك ان يتشبث كل طرف في المنازعة بتطبيق قانونه الوطني ، الامر الذي يستحيل على المحكم ترجيح اي من هذه القوانين على الاخر ، او يسكت الاطراف سواء في اتفاق التحكيم او في مراسلاتهم عن ذكر اي قانون لحكم موضوع النزاع ، الامر الذي قد يعني تفويض المحكم في اعتماد عادات واعراف التجارة الدولية كأساس للحكم في موضوع المنازعة وتحديد وتفسير التزامات وحقوق كل طرف من اطراف العقد .

وطالما ان القاضي او المحكم يعتبر العادة بمثابة قاعدة قانونية عرفية ، فعليه ان يطبقها من تلقاء نفسه ، ولا يلزم الخصوم باثبات مضمونها ، ويسري في شأنها مبدأ عدم جواز الاعتداد بالجهل في القانون . وهذا ما اقرته محكمة استئناف باريس في 10 فبراير 1981 في قضية **Vilatte** عندما قضت بان (عادات التجارة الدولية التي استقرت في مجال الترخيص باستغلال التكنولوجيا هي قاعدة قانونية ، تطبق حتى لو لم يتفق الاطراف على ذلك صراحة ولا يمكن قبول الاعتذار بجهلها ، واذا كان من الممكن الاستناد الى الارادة الضمنية للاطراف في تطبيق تلك العادات ، فاساس ذلك هو ان هؤلاء الاطراف من المهنيين المفترض عملهم بعادات فرع التجارة التي يمارسونها)[1] .

فقد ذكرت المادة 1496 من قانون التحكيم التجاري الدولي في فرنسا على حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع دون التقيد بقانون وطني او التقيد بقواعد قانونية معينة وانما يجوز اختيار قواعد قانونية من قوانين متعددة لتطبيقها على النزاع وفي حالة عدم وجود اتفاق صريح او ضمني ينص القانون الفرنسي على ان

ثانياً : قد يكون تطبيق المحكم لعادات واعراف التجارة الدولية على موضوع النزاع ، نتيجة لاستنتاج المحكم الدولي لاتجاه نية الاطراف الى خضوع منازعاتهم الى مثل هذه العادات والاعراف , كأن يختار اطراف النزاع التحكيم امام غرفة التجارة الدولية وطبقا للائحتها .

ثالثاً : قد يطبق المحكم الدولي عادات واعراف التجارة وذلك لسد النقص او لتفسير المواقف الغامضة في القوانين الوطنية التي يختارها الاطراف لحكم موضوع النزاع او تتقاعس القوانين الوطنية التي من المفروض ان تحكم موضوع النزاع عن اللحاق بركب التطورات التي تحدث على التجارة الدولية ، الامر الذي يجد المحكم نفسه امام نقص او فراغ تشريعي يتعين تكملته وذلك عن طريق اللجوء الى عادات واعراف التجارة الدولية .

هذا وقد اصدر المحكم حكمه لدى غرفة التجارة الدولية بباريس ، حيث كانت مشارطة التحكيم في المنازعة التي ثارت بين طرف الماني واخر هندي ، تقضي في فقرتها الاولى باتباع لوائح تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس ، ورغم ان كل طرف قد طالب بتطبيق قانونه الوطني , الا ان المحكم وقد استحال عليه اعمال اي من القوانين المقترحة وقد استنتج من هذا الاختيار عدم خضوع المنازعة لاي من هذه القوانين وانما لعادات واعراف التجارة الدولية[1] .

رابعاً : قد يطبق المحكم عادات واعراف التجارة الدولية ، بقصد تفسير بعض المفاهيم القانونية الوطنية على ضوء ما يجري عليه العمل في التجارة الدولية وما يتفق مع هذه التجارة وبعبارة اخرى يكون اللجوء الى العادات واعراف التجارة الدولية من جانب المحكم بقصد اعطاء هذه المفاهيم القانونية ذات الصبغة الداخلية طابعا ينسجم مع معطيات وضرورات التجارة الدولية ويعتقها بالتالي من الاعتبارات الداخلية البحتة مثل اثر القوة القاهرة وفسخ وانفساخ العقد وحدود التعويض عن الاضرار .

المحكم يختار القانون الملائم وفي جميع الاحوال يأخذ بنظر الاعتبار العادات التجارية بالنسبة للمعاملة موضوع النزاع ـ د. احمد عبد الكريم سلامة ـ المصدر السابق ، ص33-35 .

د. ابو زيد رضوان ـ المصدر السابق ، ص111 .

خامساً : قد يطبق المحكم عادات واعراف التجارة الدولية نتيجة استبعاد المحكم لاحكام القانون الوطني المختص لمخالفتها للنظام العام بمفهومه الدولي , وتكون هذه العادات والاعراف هي المؤهلة وحدها لحكم موضوع النزاع ، ولعل من اكثر المجالات التي تستبعد فيها احكام القوانين الوطنية لمخالفتها للنظام العام بمفهومه الدولي ، هي من ناحية القوانين المالية التي تسنها الدول للاحكام المتعلقة بشروط الدفع في المعاملات التجارية الدولية ، والتي قد تتعارض احيانا مع تنفيذ شروط ضمان تحويل العملة والتي تتضمنها في الغالب العقود الدولية ذات الشكل النموذجي , ومن ناحية اخرى تلك المشكلة التي تتعلق بمواقف القوانين الداخلية في الكثير من الدول , والتي تقضي بعدم جواز لجوء الدولة او احدى هيئاتها العامة الى التحكيم , اذا استقرت الاعراف الدولية وقرارات التحكيم التجاري الدولي فضلا عن القضاء الداخلي على ان هذا التحكيم ان كان ما يبرره في المنازعات التي تثور بين الدول والاشخاص الخاصة في مجال التجارة الدولية ، حيث لا تستطيع الدولة او احدى هيئاتها العامة التمسك بمثل هذه القواعد القانونية الداخلية لتطالب مثلا ببطلان اتفاق التحكيم في منازعاتها المتعلقة بالتجارة الخارجية ، بحسبان ان هذه القواعد تتعارض مع النظام العام بمفهومه الدولي وبالتالي استبعاد القوانين الداخلية في مثل هذه الحالات ، تكون قواعد واعراف التجارة الدولية هي بمثابة قانون الاختصاص او قانون القاضي بالنسبة للمحكم الدولي(1) .

د. فوزي محمد سامي ـ التحكيم التجاري الدولي ، المصدر السابق ، ص179-180 .

المبحث الثاني
تطبيق المحكم للمبادئ العامة للقانون

يستعين المحكم بمبادئ القانون التي تعتبر عاملا مشتركا بالنسبة لمعظم الانظمة القانونية ، وقوام هذه المبادئ انها تتركز على حسن النية في التعامل وتعويض الضرر وغير ذلك . واستخدمت هيئات التحكيم مصطلحات من هذا القبيل ، مثل قواعد القانون او المبادئ العامة في القانون او المبادئ المشتركة في الامم التحضرة او الامم المتقدمة او قواعد العدل والانصاف . كما استعملت مثل هذه المصطلحات في الاتفاقيات الدولية عندما اشارت الى ضرورة مراعات المحكم الدولي لهذه المبادئ المشتركة او العامة او مبادئ القانون الدولي او مبادئ العدالة[1] .

ومثال ذلك ما اشارت اليه اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الاخرى عام 1965 والمعروفة باسم اتفاقية **B . I . R . D** ، حيث تنص المادة 42 منها ، الى ان هيئة التحكيم تنظر في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي حدده الطرفان ، وفي حالة عدم الاتفاق على ذلك ، فانها تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع ، وهذا يشمل ايضا القواعد الخاصة بتنازع القوانين ، وكذلك مبادئ القانون الدولي الممكن تطبيقه , وقد تسائل الفقه عن تعريف القواعد او المبادئ العامة للقانون والمصطلحات المماثلة التي ترد في احكام المحكمين.

وذهب البعض الى القول (ويبدو في بعض الاحيان استخدام المحكم الدولي لهذه المصطلحات بغير ذي معنى في حالة مقارنتها بقواعد عادات واعراف التجارة الدولية . . . وذلك على خلاف مصطلحات مثل مبادئ القانون الدولي و المبادئ المشتركة في الامم المتحضرة ، والتي يغلب عليها طابع التآلف بين مبادئ تشريعية تطابق او تقارب بعضها البعض)[2] . حيث تنص المادة 6 / 1 من اتفاقية انشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ما يلي (. . . وعند عدم وجود حكم في النصوص المشار اليها في الفقرة السابقة ، تطبق

انظر د. ابو زيد رضوان ـ المصدر السابق ، ص189 .

في هذا الاتجاه د. ابو زيد رضوان ـ نفس المصدر ، ص190 .

المبادئ القانونية المشتركة في الاقطار المتعاقدة والمبادئ المعترف بها في القانون الدولي) . وكذلك تنص المادة 4 / 2 من ملحق هذه الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات على انه (ويجوز للمحكمة اذا اتفق اطراف المنازعة على ذلك ، ان تحكم في النزاع وفقا لمبادئ العدل والانصاف) .

وذهب البعض الاخر انه ليس بهذه المصطلحات تعريف محدد ، وانها تشكل احد مصادر القانون الدولي العام ، كما قصدته المادة 38 من لائحة محكمة العدل الدولية ، وان هذه المصطلحات تختلف جذريا عن الاعراف المستمدة من الممارسة العملية التعاقدية او التحكيمية[1] . كما ان بعض اتفاقيات التحكيم كثيرا ما تشير الى المبادئ القانونية المعترف بها مثل اتفاق التحكيم المبرم بين حكومة ايران والاتحاد الدولي للبترول 1954 ، حيث تنص المادة 46 منه على ان (قرار التحكيم يجب ان يصدر مطابقا للمبادئ القانونية المعترف بها في الامم المتحدة) , كما جاء ايضا في مشارطة التحكيم في قضية بين الكويت واحدى شركات البترول الاجنبية عام 1982 (ان القانون الذي يحكم المسائل الجوهرية بين الاطراف يجب ان تحدده المحكمة بالنظر الى صفة الاطراف والطبيعة غير الدولية لعلاقاتهم ومبادئ القانون وما هو سائد في العالم الحديث[2] .

ان تطبيق المبادئ العامة في القانون او المبادئ المشتركة في الامم المتحضرة يواجه بعض الصعاب منها[3] :

انقتطبيق هذا المبدأ يعتمد الى حد بعيد على الثقافة القانونية للمحكم ، وقدراته الذهنية على استخلاص هذه المبادئ من خلال تحليل مقارن لكثير من القوانين الوطنية او من خلال قناعات المحكم بتطابق حكمه في موضوع النزاع مع هذه المبادئ العامة او المشتركة او قواعد القانون .

ان تطبيق المحكم لمصطلحات مثل المبادئ العامة في القانون او المبادئ المشتركة

– Goldman : La Lex mercatoria dans les contrats et L'arbitrage internationaux , relate et perspectives . clunet , 1979 , P. 487 .

ـ اشار اليه د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ص546 .

انظر د. مفيد شهاب ـ التحكيم التجاري الدولي في العالم العربي ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، القاهرة ، 1985 ، ص65 .

للمزيد انظر د. ابو زيد رضوان ـ المصدر السابق ، ص190 .

للامم المتحضرة ، كثيرا ما تكتنفه بعض المحاذير مثل صعوبة تحديد مضمون مثل هذه القواعد القانونية المدعى بها في الامم المتحضرة , كما ان هذه القواعد مفهومها غامض وغير محدد والتي يمكن ان تكون ستارا يخفي وراءه المحكم حلولا قد تصطدم بالقانون وبالموضوعية في الفصل في المنازعات , وغالبا ما يكون تطبيق هذا المبدأ في المنازعات التي تتعلق بما يسمى بعقود القانون العام , وهي العقود التي تكون الدولة او احدى هيئاتها العامة طرفا فيها باعتبارها صاحبة سلطان وسيادة مع احد الاشخاص الطبيعيين او الاشخاص المعنوية , كالشركات الخاصة مع رعايا الدول الاخرى مثل عقود الامتيازات الدولية وعقود التوريدات الصناعية واستيراد واستغلال التكنولوجيا ، وهذه العقود تثير حساسيات خاصة بما قد تتضمنه في الغالب من اشارات ذات طابع سياسي تتعلق بضرورة احترام مبدأ سيادة الدولة ، وحصانتها القضائية الامر الذي لابد ان ينعكس بصورة او باخرى على الحلول القانونية للمنازعات التي تثور بشأنها , ومن ناحية ثانية فان اخضاع مثل هذه العقود لاي من القوانين الوطنية لاسيما القانون الوطني للدولة الطرف في العقد ، ربما يتمثل فيه نوع من عدم الاستقرار القانوني او التوازن في العلاقة التعاقدية الامر الذي يتعارض وطبيعة التعامل بمثل هذه العقود في التجارة الدولية ، لذلك فان هناك تيار في الفقه يتجه الى تدويل القواعد القانونية التي تخضع لها وذلك باخضاع المنازعات التي تنشب بسببها الى القواعد العامة في القانون او المبادئ المشتركة في الامم المتحضرة ، بمعنى اخر يكون حل المنازعات التي تثور بشأن هذه العقود على مقتضى قانون غير وطني او تنشأ قانون يعلو فوق الدول وهي في النهاية تبدو وكأنه قانون دولي للعقود[1] .

3. ان حجم التناقضات وتنوعها على المستوى العالمي تقف عقبة امام تدويل العقود ، سواء بين الدول النامية والدول المتقدمة ، وسواء بين دول الاقتصاد المخطط (الاشتراكي) ودول اقتصاد السوق ، وحتى بين هذه الدول يوجد اختلاف في المفاهيم الانجلوسكسونية ودول القانون المقنن .

انظر د. محسن شفيق ـ تسليم مفتاح باليد ، ص109 .

4. ان المبادئ العامة للقانون قد تكون في حالات كثيرة غير كافية ولا تقدم حلا للنزاع ، خذ مثلا تقادم الالتزام والمدة التي يجب اعلان البائع فيها بالعيوب الخفية ، وجزاء تخلف ركن التراضي في العقد او مع وجوده معيب باحد عيوب الرضاء , فلا نجد اتفاقا او اجماعا حول تلك المسائل على نحو يمكن القول معه ان هناك مبادئ قانونية عامة بشأنها[1] .
5. ان سجل قرارات التحكيم التجاري الدولي بالنسبة لتطبيق مصطلحات مثل مبادئ القانون او المبادئ المشتركة في الامم المتحضرة على منازعات عقود القانون العام , ليس سجلا ناصعا تماما حيث ينظرون بمنظار يتأكد من خلاله اعمال قانون الطرف القوي على الضعيف , الامر الذي يصبح معه امر تدويل القواعد التي تحكم المنازعات في هذه العقود هو في الواقع تكريس لمفاهيم قوانين الدولة .

حيث اصدر اللورد (**Asquith of Bishoptone**) قرار التحكيم في النزاع بين شيخ ابو ظبي وشركة التنمية البترولية المحدودة ، وقد استبعد هذا المحكم الانكليزي قانون ابو ظبي وهو الشريعة الاسلامية على اعتبار انها لا تتضمن احكاما لمعالجة هذه الامور الناجمة عن عقود الامتياز ، وطبق المحكم على النزاع ما اسماه (المبادئ المستخدمة والمطبقة في الدول المتحضرة) ، او ما اسماه (بالقانون الطبيعي الحديث) وطبق المحكم في النزاع القانون الانكليزي بدعوى انه يمثل ـ في رأيه ـ المبادئ العامة في الدول المتحضرة ، وقد استخدم نفس المصطلح في تحكيم شركة ارامكو السعودية وهو الخلاف الذي حسم بقرار حكم صدر في 23 / 8 / 1958 واصدره الاستاذ **G. Sauser Hall** والذي رفض فيه تطبيق القانون السعودي المستمد من الشريعة الاسلامية بدعوى عدم احتوائه لاي حل للمشكلة المطروحة وطبق على النزاع ما يسمى بالقواعد العامة للقانون ، وكذلك قرار التحكيم الذي صدر في 19 / 5 / 1977 في شأن النزاع بين الحكومة الليبية وبين شركتي **Texaco Galasiatic** للبترول ، وفي هذا التحكيم الذي لجأ فيه المحكم الى حيل واضحة استبعد القانون الليبي لصالح المبادئ العامة للقانون ، وذهب المحكم الى القول بأن اعمال المبادئ العامة للقانون لا يكون فقط بسبب عدم وجود قانون داخلي لحكم مثل هذا النزاع

---

[1] د. احمد عبد الكريم سلامة ـ المصدر السابق ، ص35 .

او لعدم توافقه او ملائمته مع طبيعة العلاقة بين الدولة واحد الاشخاص الاعتبارية الاجنبية ، وانما ايضا بقصد حماية المتعاقد الاجنبي من التغيرات التي تقررها الدول في تشريعاتها الداخلية بما يؤدي الى الاختلال في التوازن بالعقد[1] .

ان هذا الاتجاه في قرارات التحكيم التجاري الدولي لاستبعاد القوانين الوطنية للدول المتعاقدة اطراف العلاقة التعاقدية مع الشركات الاجنبية وتطبيقها لهذه المبادئ هو موقف غير مبرر , لأن استبعاد القوانين الوطنية غالبا ما يخفي وراءه موقفا غير حيادي بالنسبة لمشكلة تعتبر من اعقد المشاكل التي واجهت وتواجه الدول النامية ، لاسيما بعد الحرب العالمية الثانية وهي السيطرة على ثرواتها الطبيعية وتوكيدا لاستقلالها الوطني .

الا انه بالرغم من هذه المصاعب والاتجاهات المعارضة فان هناك عدة مبادئ عامة متعارف عليها في كل النظم القانونية تلعب دورا لا يستهان به في تسوية بعض منازعات العقود الدولية من تلك المبادئ ، مثال ذلك مبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ توازن الاداءات المتقابلة ومبدأ تنفيذ العقد بحسن النية ومبدأ وجوب تفسير العقد وفقا للارادة المشتركة للاطراف ومبدأ عدم جواز الاثراء بلا سبب ومبدأ بقاء الشيء على حاله واحترام الحقوق المكتسبة ومبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق .

وان هذه المبادئ موجودة وملازمة بدرجة وثيقة للفكر القانوني ، والتي توجد عمليا في النظم القانونية الكبرى ، والتي تحتل بفعل الضرورة مكانها في النظام القانوني الدولي الذي تقبله كل الدول والذي تجد فيه انعكاسا لافكارها القانونية ، وهذه المبادئ تشكل درع انقاذ لكل قاضي في مأزق ، فعموميتها تسمح لها بالتطبيق على مختلف الاوضاع والمسائل التي تعرض على القاضي ، ومن النادر ان لا نجد مبدأ عاما يكون قابلا لاعطاء او تبرير حل معين ، ان تلك المبادئ بما لها من عمومية تعطي المحكم او القاضي حرية تقدير واسعة لتصليح الاثار الناتجة عن تطبيق قواعد القانون المختص ، وكذلك لمعالجة ما قد يعتري النظم القانونية الوضعية من قصور .

مفيد شهاب ـ المصدر السابق ، ص66 .

وهذا ما طبقته محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية بباريس في عام 1979 في قضية حيث طبقت مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية , والذي اعتبرته من مبادئ قانون المحكم الواجب تطبيقه في كل حال فقد قضت بمناسبة عقد وكالة تجارية بين طرف تركي واخر فرنسي عدم الرجوع الى التشريع التركي ولا التشريع الفرنسي ، وتطبيق القانون الموضوعي للتجارة الدولية ، في ان احد المبادئ الذي يستلهمه هذا الاخير ، هو حسن النية الذي يجب ان يهيمن على تكوين وتنفيذ العقد ، ووفقا لمبدأ حسن النية فان المحكمة بحثت ما اذا كان انهاء الوكالة في القضية المعروضة يرجع الى سلوك احد الاطراف وما اذا كان قد سبب ضررا للاخر ويكون بذلك غير مبرر والذي تفرض العدالة اصلاحه او تعويضه[1] .

د. احمد عبد الكريم سلامة ـ المصدر السابق ، ص35 .

المبحث الثالث
تطبيق المحكم لنصوص
الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم

لقد ازداد الاهتمام بالتحكيم التجاري الدولي بازدياد التبادل التجاري وتوسيع العلاقات الاقتصادية والمعلومات التجارية , ومما زاد في أهمية التحكيم عدم وجود قضاء دولي مختص في المنازعات الناشئة عن المعاملات التجارية على الصعيد الدولي , وهذا الاهتمام أدى إلى إبرام عدة معاهدات دولية تتعلق بالتحكم التجاري الدولي وتعالج القواعد الخاصة بالتحكيم وكيفية الاعتراف بأحكام التحكيم التي تصدر في دولة ما ويراد تنفيذها في دولة أخرى , وسوف نتناول في هذا المبحث أهم الاتفاقيات الدولية في هذا المجال على النحو التالي :

أولا : البروتوكول المتعلق بشروط التحكيم (جنيف1923) واتفاقية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (جنيف 1927) .

ثانيا : اتفاقية الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية(جنيف 1958) .

ثالثا : الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي (جنيف 1961) .

رابعا : اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام 1965 .

خامسا : اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية .

سادسا : الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام (1981) .

سابعا : الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري (1987) .

المطلب الأول

البروتوكول المتعلق بشروط التحكيم (جنيف 1923)

واتفاقية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (جنيف 1927)

أقرت عصبة الأمم البروتوكول المتعلق بشروط التحكيم في 24 سبتمبر 1923 وقد صادقت عليه 53 دولة منها العراق , حيث تمت المصادقة بموجب القانون رقم 34 لسنة 1928[1] . واهم ما ورد في البروتوكول هو ما جاء في المادة الأولى منه حيث نصت على أن (كل من الدول المتعاقدة تعترف بصحة أي اتفاق سواء أكان خاضع أحدهما لقضاء دولة متعاقدة والآخر خاضع لقضاء دولة متعاقدة أخرى ذلك الاتفاق الذي بموجبه يوافق الطرفان المتعاقدان بصحة اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم على أن يحال إلى التحكيم كل الخلافات أو أحدهما الناشئة عن المسائل التجارية أو غير التجارية يمكن حسمها

بالتحكيم) , حيث أجازت هذه المادة أن يكون مكان التحكيم في بلد ليس طرفا في البروتوكول , كما أعطت الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة للدول المتعاقدة أن تحصر تطبيق أحكام البروتوكول على الأمور التجارية فقط , ووفقا لمعايير قوانينها الوطنية حيث نصت على أن (كل دولة متعاقدة تحتفظ بحريتها في أن تطبق التزامها المذكورة أعلاه على العقود التي تعتبر تجارية طبقا لقانونها الوطني) ، أما المادة الثانية من البروتوكول فقد أشارت إلى أن إجراءات التحكيم بما فيها تشكيل هيئة التحكيم تتبع إرادة الطرفين وقانون البلد الذي يجري فيه التحكيم , وهذا يعني أن أطراف العقد الذين اختاروا التحكيم كطريق لحل منازعاتهم لهم أن يختاروا أيضا القانون الذي يطبق على إجراءات التحكيم بما في ذلك كيفية تشكيل هيئة التحكيم , وفي حالة عدم تحديد ذلك من قبل أطراف العقد فأن قانون مكان التحكيم هو الذي يطبق , والمادة الثالثة من البروتوكول تلزم الدولة المنضمة أليه , بأن تنفذ أحكام التحكيم الصادرة على أراضيها بواسطة سلطتها وطبقا لقانونها

الوطني , كما الزم البروتوكول في مادته الرابعة محاكم الدولة المنضمة أليه أن تحيل

انظر في هذا الصدد مجموعة المعاهدات والاتفاقيات المعقودة بين العراق والدول الاجنبية ، وزارة الخارجية العراقية دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1972 ، الجزء 13 ، ص89 .

الأطراف المتنازعة إلى التحكيم إذا رفعت دعوى إلى المحاكم المذكورة وكان هناك اتفاق على حل النزاع بطريقة التحكيم إذا طلب أحد الأطراف ذلك .

هذا اهم ماجاء في البروتوكول جنيف لعام 1923 حيث لم يحتوي الا على ثمان مواد اهمها المواد الاربعة التي ذكرناها , اما المواد الاخرى فتتعلق بالاجراءات الخاصة بدخوله حيز التنفيذ وكيفية انسحاب الدول منه .

غير ان عصبة الامم لم تكتفِ بما اعدته من قواعد في بروتوكول جنيف 1923 فقد وجدت ان الحاجة تقتضي ايجاد قواعد مكملة للبروتوكول المذكور ، وعلى هذا الاساس اقرت في جنيف 26 أيلول 1927 اتفاقية لتنفيذ احكام التحكيم , وتتالف هذه الاتفاقية من احد عشر مادة وقد نصت المادة السادسة منها على ان (هذه الاتفاقية لا تطبق الا علىاحكام التحكيم الصادرة بعد نفاذ البروتوكول المتعلق بشروط التحكيم (جنيف 1923) وبموجب المادة الاولى من الاتفاقية المذكورة . فان كل دولة من الدول المتعاقدة تعترف بحجة احكام التحكيم الصادرة بناء على مشارطة التحكيم وشرط التحكيم ، مما اشير اليه في البروتوكول المتعلق بشروط التحكيم (جنيف 24 سبتمبر 1923) , وتعترف بتنفيذ الحكم المذكور طبقا للاجراءات المتبعة في الدول التي يطلب فيها تنفيذ الحكم ، وعندما يكو ن حكم التحكيم قد صدر في دولة متعاقدة تطبق احكام هذه الاتفاقية وان الحكم المذكور يتعلق بمنازعات بين أشخاص يخضعون لقضاء احدى الدول المنضمة الى الاتفاقية المذكورة , وتبين هذه المادة ايضا في فقراتها الثانية الشروط اللازمة للاعتراف بالقرار او تنفيذه , وان يكون القرار مبينا علىشرط او مشارطة تحكيم صحيحة ، وان يكون موضوع النزاع مما يقبل التحكيم بشانه وفقا لقانون الدولة المطلوب فيها الاعتراف بالقرار او تنفيذه ، وان يصدر القرار من هيئة تحكيم نيط بها النظر في النزاع على النحو السليم والصحيح ، وان يكون الحكم نهائيا أخيرا الايكون مخالفا للنظام العام او لمبادى القانون العام في الدولة المطلوب فيها الاعتراف به او تنفيذه .

وحتى مع توافر هذه الشروط فان المحكمة بمقتضى المادة الثانية ،تستطيع ان ترفض الاعتراف بالقرار او تنفيذه اذا ما تقرر لديها ان القرار قد ابطل في البلد الذي صدر فيه او انه قد اهدر حق المحكوم ضده في الدفاع او انه لا يتعلق بالنزاع المشار اليه باتفاق التحكيم او فيه مجاوزة لذلك او انه لم يفصل في كل المسائل المعروضة امام هيئة

التحكيم ، كما اوضحت المادة الرابعة ما يتعين على طالب الاعتراف بالقرار او تنفيذه ان يقدمه من وثائق , وهي تتلخص في اصل القرار او صورة رسمية منه والمستندات الدالة على نهائيته , وعند الاقتضاء المستندات الدالة على توفر الشروط التي تتطلبها الاتفاقية للاعتراف بالقرار او تنفيذه .
يلاحظ ان نصوص الاتفاقية لا تنطبق الا على قرارات التحكيم الصادرة بعد العمل ببروتوكول جنيف الخاص بشروط التحكيم (جنيف 24 سبتمبر 1923) المادة السادسة[1] .

د. ثروت حبيب ـ المصدر السابق ، ص85 .

المطلب الثاني

اتفاقية الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية

(نيويورك 1958)

مع كثرة وازدياد التعامل التجاري الدولي بعد الحرب العالمية الثانية , ظهرت الحاجة الى ايجاد نظام للتحكيم اكثر ملائمة لمتطلبات العصر , ولايجاد حل اهم مشكلة في التحكيم وهي كيفية تنفيذ الحكم ورغم ان كلا من بروتوكول واتفاقية جنيف قد تناولا هذه المسالة الاان احكامهما لم تكن تتميز بسهولة التطبيق , حيث انها كانت تتطلب لكي يكون التحكيم قابلا للاعتراف به وتنفيذه ان يكون نهائيا وغير قابل للطعن ، كما ان عدد الدول التي صادقت على بروتوكول واتفاقية جنيف لم يكن عددا كبيرا ، يضاف الى ذلك ان دولا لها دور كبير في التجارة الدولية لم تصادق عليها كالاتحاد السوفيتي سابقا والولايات المتحدة الأمريكية . ومن اجل ايجاد قواعد جديدة للاعتراف ولتسهيل تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية اعدت الغرفة التجارية الدولية مشروعا اقرته في مؤتمرها الرابع عشر الذي عقد في فينا 1953 وتبني المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للامم المتحدة ، طرح هذا المشروع للمناقشة كما اعدت لجنة مكونة من ثمان دول مشروعا اخر مقابلا لمشروع غرفة التجارة الدولية . وفي عام 1956 قرر المجلس المذكور عقد مؤتمر دولي للنظر في اقرار اتفاقية جديدة حول الاعتراف وتنفيذ احكا م التحكيم ، انعقد المؤتمر في 20 / 3 / 1958 في مدينة نيويورك ولهذا نجد ان الاتفاقية تسمى اتفاقية نيويورك لعام 1958 وبعد مناقشة دامت عشرين يوم تمخض المؤتمر عن اقرار اتفاقية خاصة بالاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية واصبحت هذه الاتفاقية نافذة المفعول منذ 4 سبتمبر 1959 . انضمت الى هذه الاتفاقية لغاية منتصف عام 1990 ثلاث وثمانون دولة[1] ، واما الدول العربية المنضمة لها فهي كالاتي : الاردن ، مصر ، المغرب ، سوريا ، تونس ، جيبوتي ، الجزائر ، البحرين .

هذه الاحصائية لغاية عام 1990 ، انظر وثيقة لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للامم المتحدة 337 / 9 . **A/CN** الصادر في الاول من حزيران 1990 .

ولكن العراق والدول العربية الاخرى لم تصادق بعد على هذه الاتفاقية[1] .

تحتوي الاتفاقية على ست عشر مادة وهي لاتعالج جميع المسائل التي تتعلق بالتحكيم , بل تقتصر على معالجة مسألة الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية في اقليم الدول المنضمة اليها , كما تجدر الاشارة الى انها نصت في الفقرة الثانية من المادة السابعة على ان بروتوكول جنيف 1923 المتعلق بشروط التحكيم واتفاقية جنيف 1927 حول تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية تتوقف اثارها بين الدول المتعاقدة منذ اليوم الذي تصبح فيه مرتبطة بالاتفاقية ، وفي حدود التزاماتها بهذه الاتفاقية وهذا يعني ان كلا من بروتوكول جنيف 1923 واتفاقية عام 1927 يصبح ملغيا بالنسبة للدول التي تنضم الى اتفاقية نيويورك لعام 1958 , وفي حدود التزاماتها بموجب الاتفاقية المذكورة ولاهمية هذه الاتفاقية نشير الى اهم الاحكام التي جاءت بها والتي يمكن تلخيصها بما يأتي :

أولاً : نطاق تطبيق الاتفاقية :

تفرق الاتفاقية المذكورة بين الاحكام الوطنية والاحكام الاجنبية ومعيار التفرقة هو مكان صدور حكم التحكيم , حيث نصت الفقرة الاولى من المادة الاولى (على ان هذه الاتفاقية تطبق على الاعتراف وتنفيذ الاحكام الصادرة في اقليم الدولة ، غير تلك التي يطلب فيها الاعتراف وتنفيذ الاحكام الناتجة عن الخلافات بين الاشخاص الطبيعية او المعنوية ،وتطبق كذلك على الاحكام التي لاتعتبر من الاحكام الوطنية في الدولة المطلوب فيها الاعتراف وتنفيذ الاحكام) .

ويتضح من النص المذكور ان الاتفاقية تعالج مسألة الاعتراف بصحة حكم التحكيم واثاره الملزمة بالنسبة لاطراف النزاع ، كما ان الاتفاقية تعالج مسألة تنفيذ الحكم بموجب القوانين الوطنية ، وبالتالي استعمال كافة طرق الاجبار المنصوص عليها في تلك القوانين لتنفيذ حكم التحكيم على الشخص الذي صدر الحكم ضده .

يمكن معرفة اسباب عدم مصادقة العراق على اتفاقية نيويورك في القرار الذي اصدره ديوان التدوين القانوني (القرار 132 / 1978 في 28 / 8 / 1978) والمنشور في مجلة العدالة ، العدد الاول ، السنة الخامسة ، بغداد ، 1979 .

وتاخذ الاتفاقية بمعيار مكان اصدار الحكم لمعرفة الحكم الاجنبي بالنسبة للدولة المراد الاعتراف وتنفيذ الحكم فيها ، غير ان المادة المذكورة تنص على حالة اخرى وهي ان الحكم قديصدر في الدولة المراد الاعتراف وتنفيذ الحكم فيها ، ومع ذلك يعتبر الحكم اجنبيا ذلك لان الدولة المذكورة لاتعتبر ه من الاحكام الوطنية وفقا لاحكام قوانينها النافذة .

كذلك لا تشترط الاتفاقية لتطبيقها ان يكون حكم التحكيم قد صدر في دولة منضمة اليها ، فيجوز ان يكون الحكم قد صدر في دولة غير منضمة الى الاتفاقية ، ولكن يراد الاعتراف وتنفيذ الحكم المذكور في دولة اخرى صادقت على الاتفاقية .

كما يلاحظ كذلك ان المادة الاولى من الاتفاقية نصت في فقرتها الاولى ، على انها تطبق على الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم التي صدرت بشان الخلافات الناشئة عن علاقات بين أشخاص طبيعية او اشخاص معنوية ، وهذه يعني انها تسري ايضا على احكام التحكيم التي يكون فيها اطراف النزاع كلا او بعضا من اشخاص القانون العام ، كالمؤسسات او اشخاص القطاع الاشتراكي عند ممارستها للنشاط التجاري او عند تعاقدها بموجب عقود تتعلق بمعاملات تجارية ، ويبدو ان هذا هو السبب الذي شجع الدول الاشتراكية للانضمام الى اتفاقية نيويورك[1] .

ثانيا : الاعتراف باتفاق التحكيم :

نصت المادة الثانية من الاتفاقية على انه :

تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي تلتزم بموجبه الاطراف اللجوء الى التحكيم لحل منازعاتها التي نشأت او ستنشأ عن علاقة قانونية معينة فيما بينها ، سواء كانت علاقة تعاقدية او غير تعاقدية متى ما تعلقت بمسألة يجوز حلها بالتحكيم .

ويقصد بالاتفاق المكتوب شرط التحكيم الوارد في عقد او اتفاق التحكيم[2] ، وقعته الاطراف او تضمنته رسائل او برقيات متبادلة بينهم .

انظر د. ابراهيم احمد ابراهيم ـ تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد 37 ، القاهرة ، 1981 ، ص40 .

المقصود مشارطة التحكيم .

يتبين من النصوص المشار اليها ان الاتفاقية قد اوجبت ان يكون شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم مكتوبا وان كانت الدولة المنضمة الى الاتفاقية لا تشترط ذلك في قوانينها الوطنية . كذلك اوردت المادة المذكورة امثلة على الاتفاق المكتوب ، كأن يكون ذلك في العقد نفسه او في الرسائل المتبادلة بين الاطراف ، سواء كان ذلك قد تم قبل قيام النزاع او

بعده ، وقد اكدت الفقرة الاولى من المادة الثانية على الدولة المنضمة الى الاتفاقية ان تعترف بالا تفاقية المذكورة لحل المنازعات الناشئة عن العلاقة العقدية او غير العقدية ولكنها اشترطت ان يكون

موضوع الخلاف من الامور التي يمكن حلها بالتحكيم ، كما الزمت الاتفاقية ايضا الدول المنضمة اليها عندما ترفع دعوى امامها بشأن نزاع كان الاطراف قد عقدوا اتفاقا ينطبق عليه ما جاء بالاتفاقية على تلك المحاكم ان تحيل الاطراف الى التحكيم بناء على طلب واحد منهم ، الا اذا تبين ان الاتفاق المشار اليه باطل او لا يمكن تنفيذه او لا يمكن تطبيقه (الفقرة 3 من المادة 2 من الاتفاقية) .

والسؤال الذي يثار ، هو ان احكام الاتفاقية تطبق على اتفاقيات التحكيم التي يكون موضوعها حل النزاع نشأ بين مواطني دولة واحدة þ ، وهل ان الدولة المذكورة تلزم وفقا للاتفاقية بالاعتراف باتفاق التحكيم وتنفيذ الحكم þ

يمكن القول بان اتفاقية نيويورك يمكن ان تطبق وان كان اطراف النزاع من مواطني دوله واحدة منضمة الى الاتفاقية وليس هناك ما يمنع الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم من تلك الدولة ، الا ان هناك دولا لا تأخذ بماسبق ذكره .

وختاما لهذا الموضوع ، نود ان نشير الى ان اتفاقية نيويورك اخذت بشكل واسع بحرية الاطراف المتعاقدة في اتفاق التحكيم ، فكان من المنطقي والمقبول ان يفسح المجال للدولة المنضمة اليها ، ان تضع قيدا عند تصديقها على الاتفاقية بموجبه لايصار الى تطبيق احكامها على احكام التحكيم الخاصة بمنازعات بين اطراف من موطني الدولة ذاتها ، ذلك لان القول على خلاف ذلك يعني فسح المجال لموطني الدولة عند حدوث نزاع بين معاملاتهم التجارية ان يتجنبوا خضوعهم لاحكام قوانينهم الوطنية .

ثالثا : أجراءات طلب الاعتراف والتنفيذ :

يسرت اتفاقية نيويورك الاجراءات الخاصة بطلب الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم في الدول المنضمة اليها , حيث اشارت المادة الرابعة منها الى الوثائق التي يجب ان تقدم مع طلب الى الدولة المراد منها الاعتراف وتنفيذ الحكم , وهذه الوثائق هي كما يلي :

اصل الحكم الخاص بالتحكيم مصدقا او صورة للحكم مستوفية لشروط التصديق .

اصل الاتفاق المشار اليه في المادة الثانية[1] , اوصورة منه مستوفية لشروط التصديق .

كما نصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على انه اذا لم يكن الحكم المذكور مكتوبا باللغة الرسمية للبلد المراد تنفيذ الحكم فيه فعلى طالب الاعتراف وتنفيذ الحكم ان يقدم ترجمة رسمية للوثائق المذكورة في تلك اللغة , على ان تكون الترجمة مصدقة من قبل مترجم رسمي او محلف من قبل جهة دبلوماسية او قنصلية .

وكذلك فقد قررت الاتفاقية ان تنفيذ الاحكام يكون وفقا لقواعد الاجراءات المطبقة في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه ، وهذا ما نصت عليه المادة الثانية لكن هذه المادة بعد ان قررت خضوع الاعتراف والتنفيذ للاجراءات السارية في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها ، ونصت على عدم جواز قيام الدولة وبشكل ظاهر بفرض شروط اكثر صعوبة ولا مصاريف قضائية ، اكثر من تلك التي تفرض على الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية .

رابعا : ايقاف او رفض التنفيذ :

للدولة التي يطلب منها الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم فيها ، ان تقرر ايقاف تنفيذ الحكم او رفض تنفيذه ويتم ايقاف التنفيذ بناء على طلب من احد اطراف النزاع من الشخص الذي صدر الحكم ضده ، و وقف التنفيذ يكون عادة لاعطاء مهلة لمن صدر الحكم ضده لكي يتمكن من الاثبات ، بان الحكم غير قابل للتنفيذ لسبب من لاسباب التي تدعو الى رفض تنفيذه ، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها ، ان يقرر ايقاف تنفيذه ان رأى ذلك ملائما وله ان يقرر تقديم ضمانات مناسبة من الشخص الذي اراد ايقاف التنفيذ ، وذلك بناء على طلب من الطرف الذي يريد تنفيذ الحكم .

المقصود الاتفاق الذي يحتوي على شرط التحكيم او مشارطة التحكيم .

هذا ما نصت عليه المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك ، واوردت على سبيل الحصر الاسباب التي يمكن الاستناد لها في رفض الاعتراف ورفض تنفيذ حكم التحكيم ، وقد استهلت المادة المذكورة نصها بالقول (لا يصار الى رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناءا على طلب احد اطراف النزاع ضد الطرف الاخر ، الا اذا قدم الى السلطة المختصة في البلد الذي يطلب فيه الاعتراف والتنفيذ ما يثبت :
عدم اهلية اطراف اتفاق التحكيم وفقا للقانون الواجب التطبيق[1] ، او عدم صحة اتفاق التحكيم طبقا للقانون الذي اختاره اطراف النزاع وفي حالة عدم الاتفاق على ذلك طبقا لقانون مكان صدور الحكم او .

ان الطرف الذي صدر الحكم ضده لم يبلغ بشكل صحيح بتعيين المحكم او باجراءات التحكيم او انه لم يكن بمقدوره ان يبدي دفاعه او .
ان الحكم قد انصب على خلاف لم ترد الاشارة اليه في مشارطة التحكيم او في شرط التحكيم او ان الحكم يتضمن قرارات تتجاوز ما نصت عليه مشارطة التحكيم . غير انه اذا كان الحكم يتضمن فقرات تتعلق بالمسائل الخاضعة للتحكيم ويمكن فصلها عن المسائل التي لا تخضع للتحكيم عندئذٍ يجوز الاعتراف وتنفيذ الفقرات الاولى من
الحكم .
ان تشكيل هيئة التحكيم او ان اجراءات التحكيم لا تتطابق مع ما اتفقت عليه الاطراف او مع قانون الدولة التي جرى فيها التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الاطراف على ذلك .
ان الحكم لم يصبح ملزما للاطراف او انه قد ابطل او اوقف العمل به من السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه الحكم طبقا لقانون ذلك البلد[2] .

المقصود بعدم توافر الاهلية اللازمة في الاطراف الذين اتفقوا على حل النزاع بالتحكيم وفقا للقانون الذي يطبق على الاتفاق (شرط التحكيم او مشارطة التحكيم) ، كما ان الامر يعني فقدان او نقص اهلية احد الاطراف .

يلاحظ ان الاتفاقية لا تستعمل فقط (المحكمة المختصة) بل السلطة المختصة ، ونعتقد ان سبب ذلك هو ان بعض البلدان الاشتراكية فيها مؤسسات غير المحاكم ، تكون هي المختصة في التجارة الدولية .

هذه الاسباب الخمسة عددتها الفقرة الاولى من المادة المذكورة ، وجدير بالذكر ان السلطة المختصة لا تستطيع رفض الاعتراف والتنفيذ من تلقاء نفسها بناءا على تحقق احد الاسباب المشار اليها اعلاه ، وانما يجب ان يتم ذلك بناءا على طلب من احد اطراف النزاع غير ان الفقرة الثانية من المادة الخامسة قد جاءت بذكر سببين يجوز فيها للسلطة المختصة في البلد المراد فيه الاعتراف وتنفيذ الحكم ان ترفض من تلقاء نفسها الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم اذا تبين لها :

ان موضوع النزاع طبقا لقانون ذلك البلد لا يجوز حله بالتحكيم او .

ان الاعتراف وتنفيذ الحكم يتعارض مع قواعد النظام العام لذلك البلد .

تلك الاسباب التي اوردتها اتفاقية نيويورك بشأن رفض الاعتراف ورفض تنفيذ حكم التحكيم .

خامسا : عدم تأثير الاتفاقية على الاتفاقيات الاخرى في مجال الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم :

قررت اتفاقية نيويورك قاعدة هامة ، وهي عدم تأثير الاتفاقية على ما ورد في الاتفاقيات الثنائية او الجماعية التي ابرمتها الدولة المنضمة الى اتفاقية نيويورك في مجال الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم , حيث جاء في الفقرة الاولى من المادة السابعة ان احكام هذه الاتفاقية لا تؤثر على صحة الاتفاقيات الجماعية اوالثنائية المعقودة بين الدول المتعاقدة في مجال الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم ، ولا تحرم (اي الاتفاقية هذه) ايا من الاطراف المعنية في التمسك بحقه في حدود النصوص التشريعية او المعاهدات في البلد الذي يطالب فيه الاعتراف وتنفيذ الحكم .

اما الفقرة الثانية من المادة نفسها ، فقد جاء فيها ما معناه (توقف اثار بروتوكول جنيف لعام 1923 المتعلق بشروط التحكيم واتفاقية جنيف لعام 1927 حول تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية بين الدول المتعاقدة منذ اليوم الذي تصبح فيه هذه الدول ملتزمة بموجب هذه الاتفاقية .

ونستخلص مما تقدم ان اتفاقية نيويورك تعتبر كل من بروتوكول واتفاقية جنيف ملغيا بالنسبة للدول التي تنضم اليها ، اما اذا كانت هذه الدولة قد انضمت وعقدت اتفاقيات جماعية او ثنائية اخرى ، فان اثار تلك الاتفاقيات ، تبقى سارية المفعول بالنسبة لتلك الدول وان انضمت الى اتفاقية نيويورك .

سادسا : الانتقادات التي يمكن ان توجه الى الاتفاقية :

رغم ان اتفاقية نيويورك لعام 1958 تعتبر احسن ما توصل اليه المجتمع الدولي في مجال الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية ، حيث انها يسرت كيفية الاعتراف باتفاق التحكيم وكيفية تنفيذ الحكم بموجب اجراءات مبسطة وواضحة ، ولم تعطي الدولة المراد منها الاعتراف وتنفيذ الحكم حق الرفض من تلقاء نفسها ، الا في حالتين نصت عليهما الفقرة الثانية من المادة الخامسة ، كما ان الاتفاقية المذكورة تتميز بالوضوح وسهولة الفهم وترك الحرية للدول في وضع بعض التحفظات التي تتلائم مع سياستها التشريعية وعلاقاتها مع الدول الاخرى ، مثل التحفظ الخاص بشرط المعاملة بالمثل ، الامر الذي جعل عددا كبيرا من الدول تقبل الاتفاقية المذكورة واصبح منتصف عام 1990 عدد الدول التي صادقت عليها او انضمت اليها 83 دولة ، وتعمل منظمة الامم المتحدة وبعض المنظمات المعنية بالبحوث والاتفاقيات الدولية على تشجيع الدول للانضمام الى الاتفاقية المذكورة ، كما تجدر الاشارة الى انها تركت الباب مفتوحا الى الانضمام اليها متى شاءت الدول ، وان كثرة القرارات التي صدرت بموجب هذه الاتفاقية ، اوضحت كثيرا من الامور بالنسبة لنصوصها وتقدر عدد الاحكام التي تم الاعتراف بها وتنفيذها لحد الان طبقا للاتفاقية المذكورة ما يزيد على 250 حكما .

ورغم انها تعتبر من اكثر الاتفاقيات نجاحا ، الا ان بعض نصوصها تجعل المجال رحبا امام تفسيرات عديدة من قبل الدول ، من هذه الامور ما يلي :

مسألة معرفة مكان اصدار الحكم ، حيث يمكن ايراد معايير عديدة لتحديد المكان المذكور منها :

أ ـ هل هو المكان الذي تم فيه الاتفاق على عقد التحكيم .

ب ـ المكان الذي تمت فيه اجراءات التحكيم .

جـ ـ المكان الذي تم فيه التوقيع على الحكم من قبل المحكمين .

د ـ المكان الذي يوجد فيه مركز المؤسسة الخاصة بالتحكيم والتي نظرت في النزاع .

متى يعتبر حكم التحكيم ملزما þ وما هو المعيار لتقرير ذلك þ هل عندما يصدر الحكم موقعا من المحكمين اما عندما يكتسب الدرجة القطعية ، وهل يستوجب الامر صدور امر بالتنفيذ من السلطة المختصة في الدولة التي صدر فيها الحكم þ وان كان تنفيذه سيتم في دولة اخرى والتي سيطلب منها اصدار قرار بتنفيذه .

مسألة النظام العام وهي فكرة تختلف في مفهومها من دولة الى اخرى لم تحاول الاتفاقية ان تعطي معيارا او مؤشرا واحدا لفكرة النظام العام على الصعيد الدولي .

الا انه ورغم هذه الانتقادات فان اتفاقية نيويورك تعتبر من اكثر الاتفاقيات التي لقيت نجاحا دوليا في مجال الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية[1] .

د. احمد ابو الوفا ـ المصدر السابق ، ص68 .

المطلب الثالث

الاتفاقية الاوربية للتحكيم التجاري الدولي

(جنيف 1961)

قام المجلس الاقتصادي والاجتماعي لهيئة الامم المتحدة عام 1947 بانشاء اللجنة الاقتصادية الاوربية ، وهي اقدم واول اللجان الاقتصادية الاقليمية الاربع في العالم ، وقد قامت اللجنة المذكورة في عام 1955 بتشكيل فريق عمل خاص بالتحكيم تحت اشراف لجنة تنمية العلاقات التجارية التابعة للجنة الاقتصادية الاوربية في جنيف ، وكانت مهمة فريق العمل المذكور ايجاد صيغة افضل للتحكيم ، بغية تسهيل التبادل التجاري بين الدول ذات النظام الاقتصادي الحر ، وبين الدول التي يسودها نظام الاقتصاد الموجه

(الاشتراكي) ، وكان الهدف من ذلك تنمية وتوسيع التعامل التجاري بين دول اوربا الغربية ودول اوربا الشرقية وكان فريق العمل يتكون من اثنين وعشرين دولة كرس جهوده في محاولة لاكمال النقص الموجود في اتفاقية نيويورك . وبعد الانتهاء من اعداد مشروع الاتفاقية الاوربية تحويل فريق العمل الى مؤتمر لممثلين مفوضين انعقد في جنيف للفترة من 10 ـ 20 ابريل 1961 وفي 21 ابريل انتهى المؤتمر الى اقرار الاتفاقية ، واصبحت نافذة المفعول منذ 7 ديسمبر 1964 ، حيث تم التوقيع عليها من ستة عشر دولة وسرعان ما صادقت عليها الدول الاشتراكية عدا البانيا ، وانضمت الى الاتفاقية فيما بعد كل من المانيا الاتحادية والنمسا وبلجيكا والدنمارك واسبانيا وفرنسا وايطاليا وكوبا وفولتا العليا ويوغسلافيا[1] .

في عام 1966 اصدرت اللجنة الاقتصادية الاوربية التابعة للامم المتحدة قوانين للتحكيم اعتبرت متممة للاتفاقية وكان قصد اللجنة من اصدار هذه القواعد ان تضع بين يدي الاطراف المتنازعة شروطا نموذجية للتحكيم .

وقد اصدرت قواعد التحكيم في مجال التجارة الدولية ، وبموجبها تم انشاء محكمة تحكيم دائمة ، في الغرفة الاقتصادية في يوغسلافيا سابقا واصبحت تلك القواعد نافذة المفعول منذ 25 ديسمبر 1982 وقد نشر النص الفرنسي للقواعد المذكورة لمجلة التحكيم لعام 1984 ، ص151-177 .

ان قواعد التحكيم التي اصدرتها اللجنة الاقتصادية الاوربية لا تطبق الا اذا اراد اطراف النزاع تطبيقها او العمل بموجبها ، ولاجل التعرف على بعض احكام الاتفاقية الاوربية للتحكيم التجاري الدولي موضوع بحثنا ، نوجز تلك الاحكام بما يلي :

أولا : نطاق التطبيق :
الاتفاقية الاوربية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 ، وجدت لمعالجة قضايا التحكيم منذ الوقت الذي يتم فيه الاتفاق على اللجوء الى التحكيم لفض المنازعات لحين تنفيذ الحكم او رفض تنفيذه ، حيث نجد المادة الاولى من الاتفاقية المذكورة تنص على ان نطاق تطبيقها يشمل اتفاقيات التحكيم المعقودة لحسم المنازعات الناشئة او التي ستنشأ من عمليات التجارة الدولية التي تجري بين اشخاص طبيعيين او معنويين ، عندما يكون لكل منهم وقت ابرام الاتفاق محل اقامة معتاد او مركز للاعمال في دولة متعاقدة مختلفة ، ويلاحظ ان هذه الاتفاقية لا تطبق احكامها الا على العمليات التجارية الدولية .

ثانيا : اتفاق التحكيم :
ان الشكل الذي اوجبت فيه الاتفاقية الاوربية ان يكون عليه اتفاق التحكيم هو ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا كما ان الاتفاقية اضافت وبشكل صريح بالنص على صحة اتفاق التحكيم الذي لا يتخذ شكل الكتابة اذا كان بين دول لاتشترط قوانينها ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا (المادة الاولى ، الفقرة 2 / أ) .

ثالثا : امكانية اتفاق الاشخاص المعنوية على حل منازعاتهم بالتحكيم :
حيث اجازت الفقرة الاولى من المادة الثانية من الاتفاقية الاوربية للاشخاص المعنوية العامة والمعتبرة كذلك وفق القانون المطبق عليها ، ان تبرم اتفاقات تنص بموجبها على حل منازعاتها بالتحكيم , غير ان الفقرة الثانية من المادة المذكورة اشارت الى حق الدول عند توقيعها او تصديقها او انضمامها الى الاتفاقية ان تصرح بتحديد الحق المذكور في الفقرة الاولى وفق حدود التحفظ الذي صرحت به تلك الدولة ، وان هدف المادة الثانية

من تلك النصوص هو ان لا يكون في الاتفاقية ما يتعارض مع احكام قوانين بعض الدول التي لاتجيز للمؤسسات العامة الاتفاق على حل منازعاتهم الناشئة عن معاملاتهم التجارية بالتحكيم .

رابعا : القانون الواجب التطبيق :

من الامور الهامة المختلف عليها التي عالجتها الاتفاقية في مادتها السابعة هي مشكلة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، حيث نصت الاتفاقية على حرية الاطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق ، ولكن في حالة عدم تحديد القانون المذكور من قبل الاطراف يطبق المحكمون القانون الملائم للموضوع وفقا لقواعد تنازع القوانين ، وعلى المحكمين في كلتا الحالتين ان يأخذوا بنظر الاعتبار ما هو مشروط وما هو متبع من العادات التجارية ، هذا ما جاء في الفقرة الاولى من المادة السابعة . اما الفقرة الثانية من المادة المذكورة فقد نصت على جواز انهاء النزاع من قبل المحكمين بالصلح اذا كان ذلك يمثل ارادة الطرفين واذا كان القانون الذي يطبق على التحكيم يسمح بذلك .

خامسا : الاتفاقية ليست مقتصرة على الدول الاوربية :

رغم ان تسمية الاتفاقية بالاوربية فلا يوجد فيها نص يحصر الانضمام اليها في الدول الاوربية ، وكما ذكرنا فقد كان الغرض في البداية من ايجاد هذه الاتفاقية هو تشجيع التجارة بين دول غرب ودول شرق اوربا ، ولكن لم تعد هذه الاتفاقية لاوربا فقط حيث صادقت عليها واصبحت طرفا فيها كل من كوبا وفولتا العليا .

سادسا : الاسباب التي يجوز فيها ابطال القرار الخاص بالتحكيم :

نصت المادة التاسعة من الاتفاقية على حالات الابطال حيث قررت المادة المذكورة صراحة ، الى ان قيام احدى الدول المتعاقدة بابطال حكم تحكيمي يخضع لاحكام هذه الاتفاقية لا يشكل سببا لرفض الاعتراف او التنفيذ من دولة اخرى متعاقدة ، الا اذا كان الابطال قد صدر من الدولة التي صدر حكم التحكيم وفقا لقانونها وللاسباب التالية :

ان الاطراف في اتفاق التحكيم لم تكن لديهم الاهلية اللازمة وفقا للقانون الذي يطبق عليهم او ان الاتفاق المذكور لم يكن صحيحا وفقا للقانون الذي اتفق الطرفان على تطبيقه على الاتفاق ، وفي حالة عدم الاتفاق على ذلك وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم .

ان الطرف الذي يطلب الابطال لم يكن قد بلغ بتعيين المحكم او باجراء التحكيم اولم يكن بمقدوره لسبب اخر تقديم دفوعه .

ان حكم التحكيم يتضمن خلافا لم يرد في مشارطة التحكيم او في نصوص شرط التحكيم او يتضمن قرارات تتجاوز المشارطة او شرط التحكيم , ومع ذلك اذا كان بالامكان فصل الامور التي يتضمنها اتفاق التحكيم (الشرط او المشارطة) عن ذلك التي لا تنطوي تحت مضمونه ، يمكن في هذه الحالة عدم ابطال الجزء الاول

من الحكم .

ان تشكيل هيئة التحكيم او ان اجراءات التحكيم لا تتفق مع ما اتفقت عليه الاطراف وفي حالة عدم الاتفاق لمخالفتها لنصوص المادة الرابعة من الاتفاقية[1] .

د. فوزي محمد سامي ـ المصدر السابق ، ص58 .

المطلب الرابع

اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات

بين الدول ومواطني الدول الاخرى 1965

اعدت هذه الاتفاقية في عام 1965 من قبل البنك الدولي للانشاء والتعمير لتشجيع الاستثمارات في الدول النامية ، ولتطمين اصحاب رؤوس الاموال في الدول المتقدمة حيث ان هؤلاء يخشون من تأميم اموالهم المستثمرة في تلك الدول ، لذا فانهم يحاولون الحصول على ضمانات لحماية استثماراتهم من الاجراءات التي قد تتخذها حكومات الدول النامية ، وفي حالة الخلاف والنزاع يخشى اصحاب رؤوس الاموال من عرض موضوع الخلاف امام المحاكم الوطنية لدول العالم الثالث ، كذلك فان هذه الاخيرة تتجنب عرض النزاع امام محاكم دولة المستثمر ، وهي محاكم دولة اجنبية ، لهذه الاسباب وجد من الملائم ان يصار الى حسم النزاع عن طريق التحكيم ، حيث تتقبل الدول بصورة اسهل عرض خلافاتها مع المستثمر الاجنبي على التحكيم بدلا من عرضه امام محاكم بلد هذا الاخير ، كذلك فان تنفيذ حكم التحكيم يمكن ان يتم بصورة اسهل من تنفيذ حكم المحاكم الاجنبية , وقد وجد من الافضل انشاء مركز للتحكيم يبت في مسائل المنازعات الناشئة عن الاستثمارات ، وعلى هذا الاساس عقدت في 18 مارس 1965 وباشراف البنك الدولي للانشاء والتعمير الاتفاقية موضوع البحث ، وبموجبها تم انشاء المركز المذكور في واشنطن ويطلق عليه المركز الدولي لحسم المنازعات المتعلقة بالاستثمار ، ان المركز المذكور قد احدث وضعا جديدا في مجال التحكيم الدولي ، اذ انه لاول مرة يعطي اشخاص القانون الخاص (طبيعية او اعتبارية) الحق في اللجوء مباشرة الى جهاز دولي للتقاضي دون حاجة للجوء الى الحماية الدبلوماسية لدولهم ، بل ان دولة جنسيتهم لا تملك مثل هذا التدخل ، مما يمكننا القول ان الاتفاقية الخاصة بالمركز قد اعطت اشخاص القانون الخاص الشخصية الدولية ، وهو امر مستحدث في مجال القانون الدولي ، اضافة الى ذلك ان الاتفاقية تعتبر نقطة تحول في مجال التحكيم الخاص الدولي بما احدثته من امور سواء فيما يتعلق بالاختصاص ونطاقه والزامه او الاجراءات المتبعة او القانون الواجب التطبيق ، وعلى هذا الاساس فان كلا من المستثمر سواء كان شخصا طبيعيا او معنويا يقف على قدم المساواة مع الدول التي يتم فيها الاستثمار ، وذلك عند الاتفاق على حل المنازعات التي تنشأ عن الاستثمار عن طريق التحكيم امام المركز .

لقد اصبحت اتفاقية واشنطن نافذة المفعول بعد ان صادقت عليها خمس دول من الدول الاعضاء في اللجنة الاقتصادية الاوربية في 14 نوفمبر 1966 ، وقد لقيت هذه الاتفاقية نجاحا كبيرا واقبالا واسعا من مختلف الدول للانضمام اليها ، حيث صادقت عليها لحد الان ثمانية وثمانون دولة ، ومن الدول العربية مصر وسوريا والاردن والمغرب وموريتانيا والصومال والسودان وتونس والسعودية والامارات العربية المتحدة .

ويمكن ارجاع سبب الاقبال الذي لقيته هذه الاتفاقية من لدن الدول المختلفة ، الى ان الدول النامية عند تصديقها للاتفاقية المذكورة تحاول ان تجذب رؤوس الاموال الاجنبية لاستثمارها في تلك الدول ، والسبب الاخر هو الدور الذي يلعبه البنك الدولي في تمويل المشاريع في الدول النامية ، حيث يمارس البنك المذكور ضغوطا على الدول التي يمنحها قروضا لكي تقبل بوضع شرط التحكيم في عقودها ووفقا لاتفاقية واشنطن .

اما بالنسبة للدول الصناعية فان فائدة الانضمام الى الاتفاقية المذكورة امر واضح ، لحماية الاستثمارات واخراج النزاعات التي تثار بشأنها من نطاق تطبيق القانون الداخلي للدول التي يتم فيها الاستثمار واغلبيتها دول نامية .

ان اهم الاحكام التي جاءت بها اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات يمكن تلخيصها بما يأتي :

ان احكام الاتفاقية تطبق على المنازعات المتعلقة بالاستثمارات ، والتي تنشأ بين الدول المتعاقدة ومواطني الدول المتعاقدة الاخرى اي المستثمر سواء كان شخصا طبيعيا او معنويا (المادة 25 من الاتفاقية) وقد عرفت الفقرة الثانية من المادة المذكورة ، المقصود بالمواطن في الدول المتعاقدة وذلك في فقرتيها الفرعيتين أ ، ب .

ان احكام الاتفاقية لاتطبق على اطراف النزاع ، الا اذا قبلت تلك الاطراف اللجوء الى حسم النزاع وفقا للاتفاقية وان كانت منضمة اليها ، ويكون التصريح بذلك كتابة ولم تحدد الاتفاقية صيغة محددة للكتابة ، لذا يمكن ان يتم التعبير بوضع شرط التحكيم وفقا للاتفاقية المذكورة في العقد الخاص بالاستثمار ، او في اتفاق مستقل ، كما يمكن للدول ان تضع نصا في قوانينها الخاصة بالاستثمارات تذكر فيه بان المنازعات تحسم بالتحكيم وفقا لاتفاقية واشنطن ، قد جاء في المادة 25 من الاتفاقية عند الاتفاق على عرض النزاع على المركز ، فلا يجوز لاي طرف سحب موافقته بارادته المنفردة .
اخذت الاتفاقية مبدأ حرية الطرفين في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، وعلى الاجراءات في حالة عدم الاتفاق على ذلك ، تطبق هيئة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة ، التي هي طرف في النزاع بما في ذلك القواعد الخاصة بتنازع
القوانين ، وكذلك مبادئ القانون الدولي التي تتعلق بالموضوع حيث نصت الفقرة الاولى من المادة 42 من الاتفاقية على ان (هيئة التحكيم تنظر في الخلاف طبقا لقواعد القانون الذي اتفق عليه الطرفان وفي حالة عدم الاتفاق بين الطرفين تطبق هيئة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة التي هي طرف الخلاف بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين وكذلك قواعد القانون الدولي التي يمكن تطبيقها) .

تنص الاتفاقية الى ان حكم التحكيم يعتبر ملزما بالنسبة للاطراف وغير قابل للطعن فيه عدا الحالات المنصوص عليها في الاتفاقية وعلى كل طرف في النزاع ان ينفذ الحكم المذكور ، الا اذا كان الحكم قد اوقف تنفيذه وفقا لهذه الاتفاقية (الفقرة الاولى من المادة 53 من الاتفاقية) وتعتبر الاتفاقية في هذه الحالة قد اخذت خطوة متقدمة في مجال الزامية قرارات التحكيم الدولي وقوتها التنفيذية ، والتي تعتبر من اهم المعضلات التي تواجه من يحصل على قرار التحكيم ويريد تنفيذه .

المطلب الخامس

اتفاقية روما لسنة 1980

المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

كان اختيارنا لدراسة هذه الاتفاقية نابعا من الاهمية البالغة التي تحظى بها وكونها تعتبر بمثابة القانون الدولي الخاص للعقود ، في دول تعتبر من اهم واقدم الشرائع القانونية ، وهي الشريعة اللاتينية والشريعة الانجلوسكسونية ، والشريعة الجرمانية[1] .فضلا عن اهمية معظم الاحكام التي تضمنتها نصوص هذه الاتفاقية ، والتي تعد حسب نظرنا احكاما جديرة بتقنينها في تشريعاتنا الوطنية . لذا سنحاول التركيز على نصوص واحكام هذه الاتفاقية بقدر تعلق الامر بموضوع بحثنا ، وهو كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع .

المبدأ العام حسب اتفاقية روما ، هو حرية الاختيار ، حيث عالجت هذه المسألة في المادة 3 / 1 بقولها (يخضع العقد للقانون الذي يختاره الاطراف ، هذا الاختيار يتعين ان يكون صريحا ويجوز ان يستنتج بطريقة مؤكدة من شروط العقد ومن الظروف المحيطة به ، ويمكن للاطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على كل العقد او على جزء منه) .

وبالنظر الى مضمون هذا النص يتضح ان الاتفاقية اعتمدت مبدأ حرية الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية من دون اي قيود ترد عليها ، فالاطراف المتعاقدة لها الحرية الكاملة لاختيار اي قانون لحكم العقد ، حتى لو كان هذا القانون منقطع الصلة بالعلاقة العقدية . وفي هذا المقام يشير الاستاذ **Lagarde** ان الاتفاقية كرست مبدأ حرية التعاقد ، هذا المبدأ الذي اقرته الدول الاعضاء ، كما انها تستبعد جميع القيود الموضوعية التي يمكن ان يثيرها هذا المبدأ في اختيار اي قانون لحكم العقد ، الذي سبق ان قال بها الفقيه **Battifol** منذ عام 1938 ، وتبنته محكمة النقض الفرنسية في حكمها

وضعت اتفاقية روما في 19 يوليو 1980 ، والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، وكانت اربع من الدول التي وقعت الاتفاقية قد ادخلت كلاً على انفراد نصوص الاتفاقية في تشريعاتها الوطنية دون ان تنتظر وضع الاتفاقية موضع التنفيذ رسميا ، هذه الدول هي الدنيمارك ثم لوكسمبورك وتبعتها جمهورية المانيا الفيدرالية ثم بلجيكا **– Lagarde (P) : Le nouveau droit . . . O . P . cit. P. 289-290 .**

ـ اشار اليه د. سلامة فارس عرب ـ المصدر السابق ، ص253 .

الصادر بتاريخ 25 مارس 1980 في قضية **Nercator press** فدور الارادة ، وفقا لاحكام اتفاقية روما ، هو اختيار القانون الواجب التطبيق ، وليس حصر العقد او تركيزه في نطاق معين ، وهذا الاختيار هو اختيار للقانون الدولي الخاص[1] .

ونرى ان مفاد الاتفاقية ، هو ان لا تفرض اي صلة بين القانون المختار والعقد ، وبامكان الاطراف المتعاقدة اختيار اي قانون حتى لو كان هذا القانون محايدا ، او ليست له صلة بالعقد ، او دون حاجة الى تبرير اسباب اختيارهم شريطة ان يكون هذا العقد ذا طبيعة دولية . ويلاحظ ايضا ان النص السابق منح الاطراف حرية مطلقة في تحديد القانون الواجب التطبيق ، غير ان التساؤل يثار حول ما اذا كانت اتفاقية روما تشترط ان يكون اختيار الاطراف لهذا القانون صراحة ، ام ان الاختيار الصريح والاختيار الضمني لهما نفس المقام ، وبعبارة اخرى ما هو الحكم في حالة سكوت الاطراف عن الاختيار الصريح لقانون العقد ، فهل على المحكم ان يأخذ بالحسبان الارادة الضمنية للاطراف والبحث عنها من خلال ظروف التعاقد وملابساته[2] . هذا التساؤل اجابت عليه بصورة قاطعة المادة 3 / 1 من الاتفاقية (. . . هذا الاختيار يتعين ان يكون صريحا ، ويجوز ان يستنتج بطريقة مؤكدة من شروط العقد او من الظروف المحيطة به . . .)[3] . ومفاد ذلك ان اطراف العلاقة يمكنهم تحديد القانون الواجب التطبيق اما بصورة مستقلة او بالنص عليه في العقد ، او من خلال ادراجهم لشروط معينة في العقد ، تؤكد اتجاه ارادتهم نحو تطبيق قانون معين ، بل ان هذا التحديد يمكن ان يستنتجه القاضي الناظر في النزاع على نحو مؤكد من الظروف المحيطة بالعقد ، وهذا يعني ان الاتفاقية سادت بين الارادة الصريحة والارادة الضمنية ، في تحديد

– Lagarde (P) : O . P . cit . p. 300 .

هناك اتجاه في القانون الفرنسي يميل الى مبدأ قانون الارادة بصورة مطلقة ، يستلزم ان يقوم الاطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم بصورة صريحة ، وان الارادة اما ان توجد او لا توجد. **Deby Gerard : O . P . cit. P. 293 -** ا الحكم سبق واكدته اتفاقية لاهاي لسنة 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية ، حيث قضت المادة 2 / 2 بأنه (يتعين ان يكون اختيار الاطراف لقانون العقد صريحا ومستخلصا على سبيل الحتم من نصوص العقد) ، وكذلك المادة 5 / 2 من اتفاقية لاهاي لسنة 1978 بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية بقولها (يجب ان يكون اختيار قانون العقد صريحا او يمكن استخلاصه بتأكيد معقول من نصوص العقد وظروف الحال) .

القانون الواجب التطبيق ، بشرط ان يكون استخلاص الارادة الضمنية من العقد ذاته او الظروف المحيطة به بصورة مؤكدة[1] .

ويمكن استنتاج الارادة الضمنية من قرائن داخل العقد ذاته ، مثل الجنسية المشتركة او الموطن المشترك او شرط الاختصاص القضائي ، فهناك قرائن قوية تعد مؤشرا يفسح المجال لتثبيت قانون دولة ما لحكم النزاع بناءا على الارادة الضمنية .

اما في حالة غياب الاختيار الصريح ، ولم يتيسر للمحكم الدولي استنتاج ارادة ضمنية للمتعاقدين في هذا الخصوص ، فما هي الحلول المتاحة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع . . . ؟ هذا التساؤل عالجته اتفاقية روما في المادة 4 تحت عنوان (القانون الواجب التطبيق عند عدم اختيار الاطراف) ، بقولها :

في الاحوال التي يكون فيها القانون الواجب التطبيق على العقد قد تم اختياره وفقا لاحكام المادة الثالثة ، يسري على العقد قانون الدولة التي يرتبط بها بالصلة الوثيقة ، ومع ذلك اذا كان جزء من العقد قابلا للانفصال عن بقية اجزاء العقد ويرتبط بصلة اوثق مع دولة اخرى ، فانه يمكن ان يطبق بصفة استثنائية على هذا الجزء من العقد قانون تلك الدولة .

مع مراعاة الفقرة الخامسة ، يفترض ان للعقد الصلة الاوثق مع الدولة التي يكون فيها وقت ابرام العقد محل الاقامة المعتادة للطرف الذي يجب ان يقدم الاداء المميز ، واذا تعلق الامر بشركة او جمعية او شخص معنوي عد الاداء المميز متحققا في الدولة التي يوجد فيها مركز ادارته الرئيس . ومع ذلك اذا ابرم العقد في اطار النشاط المهني لهذا الطرف (المدين بالاداء المميز) فان هذه الدولة (التي يرتبط بها العقد بالصلة الاوثق) هي التي تقع فيها مؤسسته الرئيسية ، واذا كان بموجب العقد يجب ان يقدم الاداء المميز من قبل مؤسسة اخرى غير المؤسسة الرئيسية ، فان محل اقامة هذه المؤسسة الاخرى الملتزمة بالاداء يحل محل مركز الاداء الرئيس .

---

1) وهنا يشير الاستاذ **Lagarde** ان النص الفرنسي اكثر تشديدا من النصين الانكليزي و الالماني اللذين يظهران اكثر

مرونة اذا تطلبا ان يكون استخلاص القانون الواجب التطبيق (بيقين كافٍ) ، بينما تطلب النص الفرنسي ان يكون ذلك

(بطريقة مؤكدة) . **– Lagarde (P) : O. P. cit. P. 303 .**

وعلى الرغم من احكام الفقرة الثانية ، فانه في الاحوال التي يكون فيها محل العقد حقا عينيا عقاريا او حق استعمال عقاري فيفترض ان العقد يرتبط بالصلة الاوثق مع الدولة التي يقع فيها العقار .

يتضح من هذا النص ان المادة الرابعة من الاتفاقية وضعت مبدأ عاما تكشف عنه قرينة بسيطة عند عدم تحقيقها يتم العودة الى المبدأ العام ذاته بحيث اقرت ما يلي :

في حالة عدم الاختيار فان القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة الاوثق صلة بالعقد حسب المادة 4 / 1 .

هذا المبدأ العام ، يتم الكشف عنه عن طريق قرينة بسيطة مؤداها ، ان العقد يرتبط بصلة وثيقة بقانون محل اقامة المدين بالاداء المميز ، حسب المادة 4 / 2 .

العودة للمبدأ العام في حالتين :

أ ـ عند تعذر تحديد الاداء المميز في العقد .

ب ـ عندما يتضح من مجمل الظروف ان العقد على صلة اوثق بدولة اخرى غير دولة محل اقامة المدين بالاداء المميز ، حسب المادة 4 / 5 .

وعليه ان نص المادة 4 يقوم على قرينة قانونية بسيطة في تحديد القانون الواجب التطبيق (محل الاداء المميز) ، هذه القرينة يمكن اثبات عكسها اذا تبين من مجمل الظروف المتصلة بالعقد ان له علاقة اكثر وثوقا مع قانون اخر غير قانون محل الاداء المميز ، وكما هو معلوم ان القرينة القانونية البسيطة يمكن اثبات عكس محتواها ، اي اذا تبين للمحكم ان قانون محل اقامة المدين بالاداء المميز لا يعبر عن الصلة الوثيقة التي تتطلبها الاتفاقية ، فان العودة الى المبدأ العام وهو الحاق العقد بقانون الدولة الاكثر ارتباطا لا يشكل سوى استثناء ، هذا الاستثناء تتطلبه اعتبارات المرونة في الاسناد ، وذلك بالنظر الى تنوع عقود التجارة الدولية واختلاف انماطها على نحو يجعل من المستحيل في حالات عديدة الاعتماد على ضابط اسناد واحد مهما كانت مرونته .

المطلب السادس
الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية
في الدول العربية لعام 1981

لقد وعى مجلس الوحدة الاستثمارية العربية الى اهمية الاستثمارات وانتقال رؤوس الاموال بين الدول العربية المستوردة مثل الاردن وسوريا والسودان واليمن والبلدان المصدرة لرؤوس الاموال سواء عن طريق رعاياها او شركاتها ، وما يترتب على هذا الانتقال من امكانية بروز مشاكل قانونية والحاجة الى وجود جهة محايدة للفصل في هذا النزاع ، لذلك فقد وضعت اتفاقية لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية المضيفة للاستثمار وبين مواطني الدول العربية الاخرى ، وتم التوقيع على هذه الاتفاقية في عمان بتاريخ 27 نوفمبر 1980 , واصبحت هذه الاتفاقية نافذة المفعول منذ السابع من سبتمبر 1981 ، وانضمت اليها جميع الدول العربية عدا مصر وعمان والجزائر[1] ، وقد ورد في ديباجة هذه الاتفاقية انها جائت انطلاقا من هدف تعزيز التنمية العربية الشاملة والتكامل الاقتصادي وايمانا بان علاقات الاستثمار بين الدول العربية تشغل في العمل الاقتصادي المشترك مجالا اساسيا يمكن من خلال تنظيمه تعبئة عوامل الانتاج لدعم التنمية المشتركة فيها على اساس المنافع المتبادلة والمصالح القومية .

يلاحظ ان الاتفاقية المذكورة قد نصت على تسهيل انتقال رؤوس الاموال العربية داخل الدول العربية ووضع ضمانات لحمايتها المواد (5 ، 6 ، 7 ، 8 ، 12 ، 13 ، 22 ، 23 ، 24) ، كما بينت ثلاث طرق يمكن اتباعها من قبل الاطراف لحسم النزاع ، وهي ما نصت عليه المواد (9 ، 10 ، 11) من الاتفاقية بقولها تتم تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق هذه الاتفاقية عن طريق التوفيق او التحكيم او اللجوء الى محكمة الاستثمار العربية .

صادق العراق على الاتفاقية بالقانون رقم 4 لسنة 1981 ، المنشورفي الوقائع العراقية ، العدد 2832 في1 / 6 / 1981 .

نبين فيما يأتي أهم ما جاء في هذه الاتفاقية من مواد حول بحثنا :
أولا : ان الاتفاقية تخص الدول العربية المنضمة الى جامعة الدول العربية وموضوعها ينصب على استثمار المال العربي في الدول العربية ، والذي عرفته الفقرة السادسة من المادة الاولى بقولها (هو استخدام رأس المال العربي في احدى مجالات التنمية الاقتصادية ، بهدف تحقيق عائد في اقليم دولة طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي او تحويله اليها لذلك الغرض وفقا لاحكام هذه الاتفاقية) .

ثانيا : نصت الاتفاقية على تشكيل محكمة الاستثمار العربي ، وهي هيئة قضائية تختص وفقا لما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة 29 من الاتفاقية بالفصل فيما يعرضه عليها احد طرفي الاستثمار من المنازعات المتعلقة بتطبيق احكام الاتفاقية او الناتجة عنها ، وهذا يعني ان المحكمة لا تنظر في المنازعات التي تنشأ عن الاستثمارات بشكل عام وانما فقط ما يتعلق باحكام الاتفاقية .

ثالثا : اما في ما يتعلق بالجوء الى التوفيق او التحكيم فقد ورد ملحق للاتفاقية فيه بعض الاحكام الخاصة بالتوفيق والتحكيم وقد خصص الملحق مادة واحدة للتوفيق وهي المادة الاولى . ويلاحظ ان ما ورد في المادة المذكورة لا يعالج جميع المسائل الخاصة بالتوفيق ، اما في ما يتعلق بالتحكيم ، فقد خصص الملحق المادة الثانية منه لاحكام التحكيم حيث جاء في الفقرة الاولى من المادة المذكورة (اذا لم يتفق الطرفان على اللجوء الى التوفيق او لم يتمكن الموفق من اصدار تقريره في المادة المحددة او لم يتفق الاطراف على قبول الحلول المقترحة فيه جاز للطرفين الاتفاق على اللجوء الى التحكيم) .

رابعا : ان الاتفاقية المذكورة قد تجاهلت حرية الاطراف في تعيين مكان التحكيم ، حيث نصت الفقرة الخامسة من المادة الثانية من ملحق الاتفاقية على انه تنعقد هيئة التحكيم لاول مرة في الزمان والمكان الذين يحددهما الحكم المرجح ، ثم تقرر الهيئة بعد ذلك مكان انعقادها ومواعيدها ، كذلك الحال بالنسبة للاجراءات فان الهيئة هي التي تفصل في كل المسائل المتعلقة باختصاصها وتحدد الاجراءات الخاصة بها (الفقرة 6 من المادة 2
الملحق) .

خامسا : كما هو الحال بالنسبة للامور التي تنظر فيها المحكمة التي أنشأت بموجب الاتفاقية ، فان التحكيم ينحصر فقط فيما يتعلق بتطبيق وتفسير بنود الاتفاقية ، ولا يعالج التحكيم المنازعات التي قد تنشأ عن الاستثمارات ، ولهذا فان نطاق الاتفاقية فيما يتعلق بالتحكيم محدود جدا وينحصر في نطاق احكامها ولم يرد ذكر لتطبيق قانون اخر على المنازعات الناتجة عن التحكيم التجاري الدولي .

سادسا : نصت الفقرة الثامنة من المادة الثانية من الملحق على ان يكون قرار هيئة التحكيم الصادر وفقا لاحكام هذه المادة نهائيا وملزما يتوجب على الطرفين الامتثال له وتمثيله بمجرد صدوره ، ما لم تحدد الهيئة مهلة لتنفيذه او لتنفيذ جزء منه ، ولا يجوز الطعن في قرار التحكيم .

ومن الملاحظ ان الاتفاقية لم تشر الى الاجراءات الخاصة بطلب التنفيذ في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها ، وعليه فان الاجراءات تخضع لقواعد القانون الوطني لتلك الدولة . كما يلاحظ ان المادة 34 من الاتفاقية التي تعالج مسألة قطعية الحكم وتنفيذه ، نجد ان الفقرة الاولى من هذه المادة تنص على انه (لايكون للحكم قوة الالزام الا بالنسبة لاطرافه وبخصوص ما فصل فيه من نزاع) ، كما تنص الفقرة الثالثة من المادة ذاتها على انه (يكون للحكم الذي تصدره المحكمة قوة النفاذ في الدول الاطراف ويجري تنفيذه فيها مباشرة ، كما لو كان حكما نهائيا قابلا للنفاذ صادرا من قضاءها المختص) .

يستدل من ذلك ان الدول الاطراف عليها الالتزام بتنفيذ احكام المحكمة ، وكذلك احكام التحكيم حتى وان كانت صادرة ضد الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها ، او ضد احد مواطنيها وهذا خلافا لما جاء في الاتفاقيات العربية الاخرى .

سابعا : نصت الفقرة الثانية من المادة 29 عن اطراف النزاع الذين تشملهم احكام الاتفاقية حيث نصت بان يشترط في النزاع ان يكون قائما :

بين اي دولة طرف ودولة طرف اخرى او بين دولة طرف وبين المؤسسات والهيئات العامة التابعة للاطراف الاخرى او بين المؤسسات والهيئات العامة التابعة لاكثر من دولة طرف .

بين الاشخاص المذكورين في الفقرة (1) وبين المستثمرين العرب ، حيث عرفت الفقرة السابعة من المادة الاولى من الاتفاقية المستثمر العربي بانه المواطن العربي الذي يملك رأسمال عربي باستثماره باقليم دولة طرف لا يتمتع بجنسيتها .

بين الاشخاص المذكورين في الفقرتين (1 ، 2) وبين الجهات التي توفر ضمانات الاستثمار طبقا لهذه الاتفاقية .

ثامنا : اما عن القانون الواجب التطبيق بالنسبة لهذه الاتفاقية موضوعة البحث ، ما دام الامر يتعلق بتطبيق احكام الاتفاقية او ما ينتج عن ذلك المادة (29) ، فهذا يعني ان القانون الواجب التطبيق هي القواعد التي جاءت بها هذه الاتفاقية والخاصة بالاستثمارات العربية وحمايتها ، وهذا في ما يتعلق بالموضوع ، اما في ما يتعلق بالقانون او القواعد الواجبة التطبيق على الاجراءات ، فقد اوردت المادة الثانية من ملحق الاتفاقية بعض القواعد الخاصة بالاجراءات على هيئة التحكيم اتباعها عند النظر في النزاع .

المطلب السابع
الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987

كان مجلس وزراء العدل العرب قد وافق من حيث المبدأ على انشاء هيئة عربية للتحكيم التجاري ، وكلف الامانة العامة للمجلس على اعداد دراسة لهذا الغرض وعرضها على المجلس في الدورة الثالثة . وكان امام هذه الدولة التي عقدت في الرباط في ابريل 1985 مشروع اتفاقية عربية للتحكيم التجاري ، وطلب المجلس من الدول الاعضاء موافاة الامانة العامة بالاراء والمقترحات حول المشروع المذكور ، وشكل لجنة تضم ممثلين عن الدول الاعضاء تقوم بدراسة المشروع ، واجراء التعديلات على ضوء المقترحات التي ترد من الحكومات العربية[1] ، وقد اعدت اللجنة المذكورة المشروع طبقا لذلك وانتهت الى وضع احكام الاتفاقية في ستة فصول تضمنت اثنين واربعين مادة .

عرض المشروع في الدورة الخامسة لمجلس وزراء العدل العربية ، والتي انعقدت في عمان للفترة من 11 ـ 14 ابريل 1987 ، وقد تم اقرار الاتفاقية والتوقيع عليها في هذه الدورة ، ونظرا لكون الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 ، تعنى بشؤون التحكيم التجاري وتنص على انشاء مركز للتحكيم على صعيد الوطن العربي[2] ، وسوف نتناول المواد التي هي موضوع بحثنا :

اولاً : نطاق تطبيق الاتفاقية : نصت المادة الثانية الخاصة بتحديد نطاق تطبيق الاتفاقية حيث جاء على النحو التالي : (تطبق هذه الاتفاقية على النزاعات التجارية الناشئة بين اشخاص طبيعيين او معنويين ايا كانت جنسياتهم ويربطهم تعامل تجاري مع احدى الدول المتعاقدة او احد اشخاصها او تكون لهم مقار رئيسية فيها) .

يتبين من ذلك ان نطاق تطبيق الاتفاقية يقع فقط على المنازعات التجارية الدولية ، كما ان الاتفاقية لم تعتمد معيارا خاصا لدولية النزاع ، كما فعلت بعض الاتفاقيات ، كاتفاقية

قرار مجلس وزراء العدل العرب رقم 44 / د ، 3-4 / 8 / 1405 هـ ، الموافق 25 / 4 / 1985 .
انضم العراق الى هذه الاتفاقية وذلك بتصديقه عليها بالقانون رقم 86 لسنة 1988 بتاريخ 2 / 8 / 1988 .

نيويورك لعام 1958 ، حيث ان مكان صدور قرار التحكيم يدال على دولية الحكم او
أجنبيته ، ولم تعتمد الاتفاقية العربية ايضا معيارا واحدا لكي تصبغ النزاع بالصبغة التجارية ، كذلك لم
تأخذ الاتفاقية بنظر الاعتبار جنسية اطراف النزاع او مكان العقد الذي نشأ عنه النزاع .
و يعاب على هذا النص انه ليس دقيقا ويحتمل تفسيرات عديدة ، فمثلا هل تطبق احكام الاتفاقية على
نزاع نشأ بين مواطني احدى الدول المتعاقدة مع احدى المؤسسات لتلك الدولة , وهل يخرج مثل هذا
النزاع عن الولاية القضائية للدولة على اقليمها
ورعاياها ? ، وهل تطبق احكام الاتفاقية على اشخاص لهم مقار رئيسية في احدى الدول المتعاقدة ? ،
اي ان طرفي النزاع يقيمان في دولة متعاقدة واحدة .

ثانيا : أقرت الاتفاقية في المادة الثالثة ، ما هو معمول به في كيفية اللجوء الى التحكيم ، فقد نصت
الفقرة الاولى منها على انه (يتم الخضوع للتحكيم باحدى طريقتين) (الاولى بادراج شرط التحكيم
في العقود المبرمة بين ذوي العلاقة والثانية باتفاق لاحق على نشوء النزاع) ، وهذه الصيغة الثانية
هي ما يعبر عنها بمشارطة التحكيم ، اما الفقرة الثانية من المادة المذكورة فقد اوردت شرطا نموذجيا
للتحكيم ، حيث جاء فيها يقترح بادراج الصيغة التالية في العقود التي تخضع للتحكيم (كل النزاعات
الناشئة عن هذا العقد تتم تسويتها من قبل المركز العربي للتحكيم التجاري وفقا للاحكام الواردة في
الاتفاقية العربية للتحكيم
التجاري) . ولم تفصل الاتفاقية على شكل معين لاتفاق التحكيم ، خلافا لما هو معمول به في
الاتفاقيات الاخرى الخاصة بالتحكيم ، حيث تشترط ان يكون الاتفاق مكتوبا ، ولكن يفهم ضمنا من
المقترح الخاص بشرط التحكيم في العقود ، ان الشرط يجب ان يكون مكتوبا , وعليه فالاتفاق اللاحق
والخاص بحسم المنازعات بالتحكيم يجب ان يكون مكتوبا كذلك .

ثالثا : قررت الاتفاقية انشاء مركز تحكيم يسمى بالمركز العربي للتحكيم ، له شخصية معنوية مستقلة ويرتبط اداريا وماليا بالامانة العامة للمجلس بالرباط عاصمة المملكة المغربية[1] .

رابعا : بالنسبة لمكان التحكيم تقرر المادة (22) من الاتفاقية بان يكون ذلك في مقر المركز اي في الرباط ، الا اذا اتفق الطرفان على اجراء التحكيم في دولة اخرى توافق عليها الهيئة بعد التشاور مع المكتب ، ولا ندري لماذا وضع هذا القيد على حرية الاطراف المتنازعة في اختيار مكان التحكيم ؟ فالمفروض ان يتم ذلك بمحض ارادة اطراف النزاع ولا يعلق الامر على موافقة هيئة التحكيم والمكتب وعلى كل حال يمكن ان يتم التحكيم في دولة احد اطراف النزاع ، او في دولة ثالثة عربية كانت او غير عربية .

خامسا : اما عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، فقد قررته المادة (21) من الاتفاقية حيث نصت في فقرتها الاولى (على ان تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين واحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة او ضمنا ان وجد والا فوفق احكام القانون الاكثر ارتباطا بموضوع النزاع) ، (على ان تراعى قواعد الاعراف التجارية الدولية المستقرة) . كذلك فان الفقرة الثانية من هذه المادة نصت (ان على الهيئة ان تفصل في النزاع وفق قواعد العدالة اذا اتفق الطرفان صراحة على ذلك) .

نستدل من نص المادة (21) على ان هيئة التحكيم او المحكم عندما يريد معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع اتباع نصوص العقد الذي تم بين طرفي النزاع ، واتباع احكام القانون الذي اراده الطرفان ليطبق على موضوع النزاع ، وفي حالة عدم ذكر ذلك صراحة تحاول هيئة التحكيم معرفة ما انصرفت اليه الارادة الضمنية للطرفين ، اما اذا تعذر معرفة ذلك لهيئة المحكمين في هذه الحالة الحق في تطبيق قواعد القانون الاكثر ارتباطا بموضوع النزاع ، على ان تراعى قواعد الاعراف التجارية الدولية المستقرة ، وهذا

---

[1] للتفصيل انظر د. فوزي محمد سامي ـ الاتفاقيات العربية في التحكيم الدولي (في مجال القانون الخاص) ، مجلة العلوم القانونية ، بغداد ، المجلد السابع ، العدد الاول والثاني ، 1988 ، ص9-42 .

تطور كبير في المجال القانوني ، حيث اخذت الاتفاقية بما يذهب اليه الفقه في الوقت الحاضر بالنسبة للقانون الواجب التطبيق في حالة عدم اتفاق الاطراف على تعيين القواعد القانونية الواجب تطبيقها على موضوع النزاع .

اما الفقرة الثانية من المادة (21) ، فيطبق فقط عندما يوجد نص صريح في اتفاق الاطراف على تخويل المحكمين لانهاء النزاع طبقا لقواعد العدالة ، وهذا ما يطلق عليه حسم النزاع بالصلح ولايجوز في هذه الحالة الاستناد الى الارادة الضمنية للاطراف المتنازعة.

سادسا : عددت المادة الرابعة والثلاثون من الاتفاقية الاسباب التي يمكن بموجبها طلب ابطال قرار التحكيم وهذه الاسباب هي كما يأتي :

اذا كانت الهيئة قد تجاوزت اختصاصها بشكل ظاهر .

اذا ثبت بحكم قضائي وجود واقعة جديدة من طبيعتها ان تؤثر في القرار تأثيرا جوهريا بشرط ان لا يكون الجهل بها راجعا لتقصير طالب الابطال .

وقوع تأثير غير مشروع على احد المحكمين كان له اثر في القرار .

سابعا : بينت المادة (35) من الاتفاقية الجهة المختصة في كل بلد لاضفاء الصيغة التنفيذية على قرارات التحكيم ، فقد نصت على انه (تختص المحكمة العليا بكل دولة متعاقدة باضفاء الصيغة التنفيذية على قرارات هيئة التحكيم ، ولا يجوز رفض الامر بالتنفيذ الا اذا كان القرار مخالفا للنظام العام) .

حيث جاء في المذكرة التوضيحية ان مهمة اكساء صيغة التنفيذ الى المحكمة العليا ، قصد به اضفاء الاهمية على القرار التحكيمي وسرعة تنفيذه ، ذلك لانه لا يوجد مرجع للطعن بقرار المحكمة العليا بهذا الشأن ، ولا تستطيع المحكمة رفض اضفاء الصيغة التنفيذية على قرار التحكيم الا اذا كان القرار مخالفا للنظام العام .

ثامنا : ان الاتفاقية يجب ان تصادق عليها سبع دول عربية ثم تصبح نافذة ، ولكن لحد الان صادقت ستة دول عربية ، وهي الاردن والعراق وتونس وليبيا واليمن وهذه الاتفاقية فقط للدول العربية الاعضاء في الجامعة العربية ، وهي غير مفتوحة لجميع الدول كما جاء في المادة (39) فقرة اولى .

المبحث الرابع
تطبيق المحكم للقواعد
التي وضعتها زايئات التحكيم الدولية

ظهرت بوضوح في أوائل هذا القرن صلة التحكيم بالتجارة الدولية واهميته لها ، حيث ان ازدهار التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية مرتبطا تأريخيا بنشأة وتطور هيئات التحكيم الدائمة ، التي قامت بوضع نظم خاصة بها تقوم على ادارتها وتطبيقها مراكز تضم نخبة من المشتغلين بمسائل التحكيم بصفة عامة او في فرع من فروع النشاط الاقتصادي ، وقد لعبت نظم هيئات التحكيم الدائمة دورا هاما في ارساء مجموعة قواعد اسهمت في بروز مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم كحقيقة قانونية تفرضها متطلبات المعاملات التجارية الدولية ، وتأكدت في السوابق والاحكام الصادرة عن هيئات التحكيم ، حيث ان التحكيم هو الوسيلة العملية لتسوية منازعات التجارة الدولية .

سوف نتحدث في هذا المبحث عن اهم هيئات ومراكز التحكيم الدولية ونبين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع امام هذه الهيئات والمراكز .

أولا : هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية (التابعة لغرفة التجارة الدولية) في باريس .

ثانيا : قواعد التحكيم الخاصة بلجنة الامم المتحدة (يونسيترال **UNCTRAL**) .

ثالثا : تحكيم الغرف التجارية العربية الاوربية .

رابعا : المركز الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة .

خامسا : نظام محكمة تحكيم لندن .

المطلب الاول

زايئة تحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس

نشأت غرفة التجارة الدولية في سنة 1923 ، بعد ان وضع نظام لها في مؤتمر تأسيسها الذي عقد في باريس سنة 1920 ، وهي تعتبر منظمة خاصة دولية ، فهي لا تتلقى توجيهات او معونات من الحكومات . انها تشكل اتحادا عالميا لمجموعات اقتصادية ولرجال اعمال ينتمون الى اكثر من 60 دولة ، ولها لجان وطنية في اكثر من 40 دولة ، وهذه اللجان تغذي الغرفة بالمعلومات الخاصة بالتجارة الدولية في البلاد التي توجد بها . وتعتبر غرفة التجارة الدولية هيئة استشارية للمجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للامم المتحدة ، اما هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية ، فهي منظمة تحكيم تبذل جهودها لكل الاوساط التجارية دون اي تحديد وطني او اقليمي ، وبصدد كافة المنازعات التجارية[1] . حيث ان هدف غرفة التجارة الدولية هو حل المنازعات الناشئة عن المنازعات التجارية ذات الطابع الدولي بطريق المصالحة والتحكيم . وعلى هذا فانه يتعين لكي تختص الهيئة بالنزاع ان يكون ذا طابع دولي ، اي يثير مصالح مرتبطة باكثر من دولة ، ولا شك انه ينبغي ايضا ان يتفق الطرفان على الالتجاء الى غرفة التجارة الدولية لحل نزاعهم هذا ، وتوصي الغرفة الاطراف الراغبين في الالتجاء الى تحكيم هيئتها ان يضمنوا عقودهم النص التالي (جميع الخلافات الناشئة عن هذا العقد يتم حلها نهائيا وفقا لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية ، محكم او اكثر يتم تعيينهم طبقا لذلك النظام) .

ومن الممكن تسوية اي نزاع مما تختص به الهيئة بالطريق الودي . اذ ان لدى غرفة التجارة الدولية هيئة ادارية انشأت من اجل حل المنازعات بطريق المصالحة قبل عرض الامر على التحكيم ، اي ان النزاع لا يعرض على التحكيم الا اذا فشل مسعى المصالحة .

وتتكون هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية من رئيس وخمسة نواب للرئيس وامين عام ومستشار فني او اكثر ، يعينهم مجلس غرفة التجارة الدولية لمدة سنتين ، يختارون من

د. كمال ابراهيم ـ التحكيم التجاري الدولي ، المصدر السابق ، ص65 .

اعضاء الهيئة او غيرهم ، ومن اعضاء يعينون على اساس عضو واحد لكل لجنة وطنية . ومهمة الهيئة ضمان تطبيق نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية ، وهي تجتمع ـ كقاعدة عامة ـ مرة كل شهر وتضع نظامها الداخلي ، وتصدر قرارات الهيئة باغلبية الاصوات ، على ان يكون صوت الرئيس مرجحا في حالة التساوي وتكون مداولاتها صحيحة اذا حضرها ستة اعضاء على الاقل من اعضائها ، ويمكن لرئيس هيئة التحكيم او لمن يحل محله ، ان يتخذ باسمها القرارات العاجلة بشرط اعلام الهيئة بها في دورتها التالية[1] .

القانون الواجب التطبيق :

لما كان مجال المنازعات التي تختص بها غرفة التجارة الدولية يتعلق بمعاملات تجارية ذات طابع دولي . كان من الطبيعي ان يتجه نظام هيئة تحكيم الغرفة الى الاخذ بقانون ارادة المتعاقدين ، فنصت الفقرة الثالثة من المادة الثالثة عشرة من ذلك النظام على ان (للطرفين مطلق الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع ، فاذا لم يحدداه طبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في هذا الخصوص) .

ولايضاح هذا النص نقول ان الاصل هو ان يبحث المحكم في العقد عن القانون الذي اتفق الطرفان على تطبيقه على منازعاتهم ، فاذا لم يجد اتفاقا صريحا يستخلص من ظروف العقد ما يدل على انصراف ارادة الطرفين ضمنيا الى تطبيق قانون ما ، اي ان القاعدة في تحديد القانون الواجب التطبيق ، هي الاعتداد بالارادة الصريحة للمتعاقدين فان لم توجد يتعين البحث عن ارادتيهما الضمنية .

تبقى المشكلة في حالة عدم اتفاق المتعاقدين على تحديد القانون الواجب التطبيق في العقد وعدم استطاعة المحكم استخلاص ارادة ضمنية للمتعاقدين تغلب تفضيل قانون على غيره .

د. كمال ابراهيم ـ التحكيم التجاري الدولي ، المصدر السابق ، ص71 .

والنص هنا يترك للمحكم اختيار قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة ، ولكن هل يقصد بهذا ان للمحكم الاخذ بقاعدة اسناد اخرى في قانون دولة ما ، ام ان يقوم بتطبيق القواعد الموضوعية في قانون دولة يرى انها مرتبطة بالنزاع ؟ ، نحن نحبذ هذا الحل الاخير ونرى ان النص وان كان يشير الى ان المحكم يختار قاعدة اسناد يطبقها ، الا ان القصد من ذلك هو ان يختار قانون يطبقه على النزاع باعتبار ذلك حلا لمشكلة تنازع القوانين . وقد طرحت هذه المسألة امام محكمة تحكيم عينتها الهيئة في باريس لحل نزاع يتعلق بعقود بيع بين شركة الومنيوم يوغسلافية ومشترٍ امريكي ، وعند اضطلاع المحكمين بمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع تبين عدم اتفاق الطرفين على هذا القانون ، وبالتالي يقع على محكمة التحكيم عبء القيام بهذه المهمة .

وقد انتهت المحكمة الى أنه يتعين عليها الاخذ في الاعتبار لكل ما يشير الى بيان قصد الطرفين ، كما ينبغي فحص ظروف القضية لاستخلاص منها ما يرجح قانون على

اخر . ومن ظروف النزاع يتضح ان البائع يوغسلافي والمشتري امريكي والعقد ابرم بالانكليزية في بلغراد ، اي ان جنسية البائع ومكان ابرام العقد يرجحان تطبيق القانون اليوغسلافي ، واتفاقية لاهاي المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية ترجح ـ في حالة الشك ـ الاخذ بقانون جنسية البائع . ومن ناحية اخرى فان جنسية المشتري واللغة التي كتب بها العقد ترجح تطبيق القانون الامريكي ، ولا يوجد ما يدل على انصراف ارادة العاقدين الى تفضيل قانون على اخر ، كما ان البحث الدقيق لظروف القضية يظهر الطابع العشوائي لمكان توقيع العقد وذلك لوجود

معاملات مستمرة بين الطرفين وهما يقومان بها في دول وبلدان مختلفة ، والمكان الوحيد الذي يربطه بالعقد علاقة محددة هو باريس باعتبارها مكان التحكيم .

ومن هنا استخلص المحكمون القانون الواجب التطبيق باعتبار ان الطرفين ليس لديهما ما يمنع وتطبيق القانون الفرنسي . وقد استندت محكمة التحكيم في تطبيق القانون الفرنسي الى المادة 13 / 3 من نظام هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية ، التي تعطي الحرية للمحكمين في اختيار قاعدة الاسناد المناسبة في حالة عدم اتفاق الطرفين على القانون الواجب التطبيق . على ان تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النحو يجب ان لا يترتب عليه اهدار الاحكام الواردة في العقد[1] .

فقد طبقت محاكم تحكيم الهيئة العديد من المبادئ العامة وقواعد العرف التجاري ، مما ادى الى ظهور مبادئ وعادات يطبقها المحكمون في المنازعات المتعلقة في المعاملات التجارية ذات الطابع الدولي ، وهي مبادئ قد تختلف عن القوانين الوطنية ، هذا ومما يزيد من الاتجاه للاخذ بهذه المبادئ ويدعمها نظام هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية الذي ينص في الفقرة الخامسة من المادة 13 على ان (يراعي المحكم في كل الاحوال احكام العقد والعادات التجارية)[2] .

حكم محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية في باريس رقم 3916 لسنة 1983 منشور في
- Rev. Arb. 1984 . P. 93 .

ـ اشار اليه د. هشام علي صادق ـ القانون الواجب التطبيق ، المصدر السابق ، ص762 .
د. ابراهيم احمد ابراهيم ـ القانون الدولي الخاص ، ص110 .

المطلب الثاني
قواعد التحكيم الخاصة بلجنة الامم المتحدة
(يونسيترال *UNCTRAL*)

ان قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، تمثل تطورا هاما على المستوى العالمي بالنسبة للتحكيم التجاري ، حيث استغرق اعداده اكثر من ثلاثة اعوام من العمل الدائب بواسطة اعلام القانون المتخصص وبمشاركة اكثر من 75 مركزا للتحكيم في مختلف ارجاء العالم ، ومن خلال المناقشات التي دارت في العديد من المؤتمرات والاجتماعات ، تمت صياغة النصوص النهائية التي صار اقرارها بالاجماع من جانب اللجنة في 28 / 4 / 1976 ، واعتمدتها الجمعية العامة للامم المتحدة في
15 / 12 / 1976 بمقتضى قرارها رقم 98 للدورة 31 ، وقد لاقت قواعد لجنة الامم المتحدة نجاحا كبيرا من الناحية العملية وليس فقط في دول العالم الصناعي ، بل على الاخص في دول العالم الثالث ، واية ذلك ان اللجنة القانونية الاستشارية الافريقية الاسيوية سعت بالتعاون مع مركز تسوية منازعات الاستثمار التابع للبنك الدولي للانشاء والتعمير الى اقامة مراكز تحكيم اقليمية في القارتين الافريقة والاسوية تتولى تطبيق وادارة قواعد لجنة الامم المتحدة ، وقد تضاعفت اهمية هذه القواعد في ضوء التوجيهات الادارية التي اصدرتها لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي في دورتها الخامسة عشرة المنعقدة خلال الفترة ما بين 26 / 6 و 6 / 7 سنة 1982 (وثيقة الامم المتحدة 230 / 9 **AKN**) والتي تتناول بالتفصيل التدابير والترتيبات الواجب اتباعها لتطبيق قواعد التحكيم بواسطة المراكز الاقليمية[1] . اما نطاق تطبيق قواعد التحكيم الخاصة بلجنة الامم المتحدة ، ان هذه القواعد تتطلب في اتفاق التحكيم ان يكون ، مكتوبا حيث نصت المادة (1) من هذه القواعد بالفقرة الاولى على ما يلي (عندما يتفق طرفا عقد كتابة على ان تحال المنازعات التي تتعلق بذلك العقد الى التحكيم وفقا لقواعد (يونسيترال) للتحكيم ، فان تلك المنازعات

للمزيد انظر د. سامية راشد ـ التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق ، ص109 .

ستسوى وفقا لهذه القواعد مع مراعات التعديلات التي قد يتفق الطرفان عليها كتابة ، كما جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة ما يلي (تحكم هذه القواعد التحكيم ، الا اذا كان اي منهما يتعارض مع نص في القانون الواجب التطبيق على التحكيم والذي لايمكن للطرفين مخالفته ، فعندئذ يغلب ذلك النص)[1] .

الدفوع المتعلقة باختصاص محكمة التحكيم :

المادة (21 / 1) وقد نصت على مايلي (يكون لمحكمة التحكيم سلطة الفصل في الاعتراضات المؤسسة على انها غير مختصة ويشمل ذلك اي اعتراضات بقيام او صحة شرط التحكيم او اتفاق التحكيم المنفصل) .

كما أن المادة 21 / 2 قد نصت على ما يلي (يكون لمحكمة التحكيم سلطة تحديد مدى قيام او صحة العقد الذي يشكل شرط التحكيم جزءا منه ولاغراض المادة 21 يعتبر شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من العقد والذي ينص على اجراء التحكيم طبقا لهذه القواعد اتفاقا مستقلاً عن سائر شروط العقد الاخرى . واذا صدر قرار من محكمة التحكيم ببطلان العقد ، فإن ذلك لا يستتبع بقوة القانون عدم صحة شرط التحكيم) .

كما ان المادة (21 / 3) قد نصت على ما يلي (يجب ابداء الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم في بيان الدفاع على الاكثر ، او في الرد على الدعوى المتقابلة في ما يتعلق بهذه الدعوى) .

المادة (21 / 4) نصت على ما يلي (يجب على محكمة التحكيم بصفة عامة ان تفصل في الدفع بعدم اختصاصها كمسألة أولية ، ومع ذلك يجوز لمحكمة التحكيم ان تسير في التحكيم وان تفصل في مثل هذا الدفع في حكمها النهائي)[2] .

د. عبد الفتاح مراد ـ شرح قوانين التحكيم ، دار الفكر للطباعة والنشر ، القاهرة ، 1995 ، ص91 .

د. عبد الفتاح مراد ، المصدر نفسه ، ص91-92 .

من هذا يتبين لنا بان قواعد لجنة الامم المتحدة جاءت بتأكيد مطلق لمبدأ استقلالية شرط التحكيم بكافة ابعاده ونتائجه بواسطة الجماعة الدولية ، حيث منحت المادة 21 المحكم سلطة الفصل في موضوع اختصاصه حتى ولو كان الاعتراض على اختصاصه مراده الى المنازعة في وجود او صحة اتفاق التحكيم في اي من صورتيه ، مشارطة التحكيم او شرط التحكيم الوارد ضمن نصوص العقد الاصلي ، كما اعطت المحكمة سلطة البحث في وجود وصحة العقد الاصلي ، وان يقضي في انعدامه او بطلانه متى يثبت لديه ذلك ، حتى لو كان اتفاق التحكيم جزءا لا يتجزأ من العقد الاصلي ، وان اتفاق التحكيم يعتبر مستقلا او منفصلا عن سائر نصوص العقد وان قضاء هيئة التحكيم ببطلان العقد الاصلي بطلانا مطلقا

لا يستتبع بالضرورة اعتبار شرط التحكيم غير صحيح[1] .

اما القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد لجنة الامم المتحدة يونسيترال ، وقد جاءت النصوص على الشكل التالي : تنص المادة 33 على التحكيم بالصلح :

تطبق محكمة التحكيم القانون الذي يعينه الطرفان كقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع ، فاذا لم يتفق الطرفان على قانون ما ، تطبق محكمة التحكيم القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين التي تراها واجبة التطبيق .

لا تصدر محكمة التحكيم قرارا بوصفها محكما بالصلح او وفقا لمبادئ العدل

والانصاف ، الا اذا فوضها الطرفان صراحة على القيام بذلك ، وكان القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم يسمح بمثل هذا التحكيم .

في جميع الحالات تصدر محكمة التحكيم قرارها طبقا لاحكام العقد ، وتأخذ في اعتبارها العادات التجارية التي تطبق على النزاع .

اما المادة 34 تنص على التسوية او الاسس الاخرى لحسم النزاع :

اذا اتفق الطرفان على تسوية النزاع قبل صدور الحكم ، تقوم محكمة التحكيم اما باصدار امر بانهاء اجراءات التحكيم ، او بتسجيل التسوية في شكل حكم طبقا للشروط المتفق عليها ، اذا طلب الطرفان ذلك من المحكمة وقبلت القيام به ولا تلتزم محكمة التحكيم بتسبيب مثل هذا الحكم .

---

1) د. سامية راشد ـ المصدر السابق ، ص110 .

اذا صار الاستمرار في اجراءات التحكيم قبل صدور الحكم ، غير لازم او مستحيل لاي سبب لم يذكر في الفقرة (1) ، تقوم محكمة التحكيم بابلاغ الطرفين باعتزامها اصدار امر بانهاء الاجراءات ، ويكون لمحكمة التحكيم سلطة اصدار مثل هذا الامر ، ما لم يثر احد الطرفين اسسا للاعتراض لها ما يبررها .

ترسل محكمة التحكيم الى الطرفين صور من امر انهاء اجراءات التحكيم او من حكم التحكيم طبقا للشروط المتفق عليها فان نصوص المادة 32 الفقرات 2 ، 4 ، 7 هي التي تطبق .

حيث تنص المادة 35 على تفسير الحكم :

يجوز لاي من الطرفين ان يطلب الى محكمة التحكيم باعلان يوجه الى الطرف الاخر ، اعطاء تفسير للحكم وذلك خلال ثلاثين يوما من تسلمه الحكم .

يتم التفسير كتابة خلال خمسة واربعين يوما من تسلم الطلب ، ويعتبر التفسير جزءا من الحكم وتنطبق نصوص المادة 34 ، الفقرات 2 ، 3 في هذا الخصوص .

اما المادة 36 فتنص على تصحيح الحكم :

يجوز لاي من الطرفين خلال ثلاثين يوما من تسلمه الحكم ، وباعلان يوجه الى الطرف الاخر ، ان يطلب من محكمة التحكيم تصحيح اي اخطاء حسابية او كتابية او مطبعية او اي اخطاء مماثلة تكون في الحكم ، ويجوز لمحكمة التحكيم ان تجري تلك التصحيحات من تلقاء نفسها خلال ثلاثين يوما من تاريخ ابلاغ الحكم .

تكون مثل هذه التصحيحات بالكتابة ، وتنطبق نصوص المادة 32 الفقرات من 2 الى 7 في هذا الخصوص .

أما المادة 37 تنص على الحكم الإضافي أي (ان لاي طرف ان يطلب الى محكمة التحكيم خلال ثلاثين يوما من استلام قرار التحكيم اصدار حكم اضافي بشأن ما اغفله الحكم من مطالبات قدمت أثناء اجراءات التحكيم ويكون ذلك باعلان يوجه الى الطرف الاخر) .

المطلب الثالث
تحكيم الغرف التجارية العربية الاوربية

استحدث هذا النظام خلال عام 1982 ، وابتدأ العمل به بتاريخ 10 يناير 1983 ، وكان هدفه توفير امكانية اللجوء الى التحكيم بالنسبة لكل شخص طبيعي او اعتباري عربيا أم اوربيا او ذا انتماء اخر متى ما كانت له علاقات مباشرة او غير مباشرة مع البلدان العربية ، وفي حالة قيام نزاعات تجارية ذات صبغة دولية . وتضمن البند الاول من هذا النظام ما نصه (كل نزاع ينشأ عن هذا الاتفاق او تكون له علاقة به يحل نهائيا وفقا للاحكام المتعلقة بالتحكيم الواردة في نظام التوفيق والتحكيم والخبرة للغرف التجارية العربية الاوربية ، وذلك اما من قبل محكم واحد او من عدة محكمين ، يتم تعيينهم طبقا لهذا النظام) .

ويعد مضمون هذا البند توصية للمتعاقدين بان يدرجوه في تعاقداتهم ، وترك هذا النظام للمتعاقدين حرية اختيار القواعد التي تحكم اجراءات التحكيم ، وذلك بالنص عليها في المادة 23 ويتعلق هذا النص بالاتفاق بين الاطراف على التنازل عن اي طعن او الاستئناف امام المحاكم بخصوص اي نقطة قانونية تبرز او تثار خلال سير الاجراءات ، وبتحديد مكان التحكيم ، وباعتبار المحكم مفوضا بالصلح وقواعد اخرى يجوز للمتعاقدين الاتفاق عليها[1] .

اما بخصوص اجراءات الموفق فاذا ظهرت للموفق امكانية التوصل الى اتفاق قام بتحرير محضر توفيق ، وبعث به الى الاطراف الموافقة عليه خلال مدة يعينها . ويمكن ان يقدم للاطراف مقترحات يبحثون على اساسها عن حل ، واذا فشلت محاولة التوفيق امكن لكل طرف ان يتخذ من الاجراءات القانونية او القضائية ما شاء نحو الطرف الاخر ، دون ان تؤثر محاولة التوفيق على حقوقه ، وتعتبر المستندات والمعلومات المقدمة اثناء اجراءات التوفيق سرية ويلتزم الموفق بالمحافظة عليها وعدم افشائها لاحد .

انظر نظام التوفيق والتحكيم والخبرة للغرف التجارية العربية الاوربية ، امانة التوثيق ، وراجع بشأن هذا النظام .

ـ اشار اليه د. محمود الكيلاني ـ المصدر السابق ، ص521 .

اما بالنسبة للتحكيم وهو الامر الاكثر اهمية في المنازعات الدولية ، فان طالب التحكيم يتقدم بطلبه الى الامين العام الموثق ، ومن الضروري ان يكون احد الطرفين عربيا والاخر اوربيا ، او ذا انتماء اخر اذا كانت له علاقات مباشرة او غير مباشرة مع البلدان العربية ، وان تكون للنزاع صبغة دولية ،
يختار كل طرف محكما اذا كانت هيئة التحكيم ثلاثية ويعين المحكم الثالث ، الذي يرأس الهيئة باتفاق الطرفين والا قام المجلس بتعيينه وقد يتخاف احد الطرفين عن تعين محكم عنه ، وفي هذه الحالة يقوم المجلس بهذه المهمة وتختص هيئة التحكيم بالفصل في مسائل الاختصاص التي يثيرها احد الطرفين ، وهو ما يسمى (الاختصاص بالاختصاص)[1] . وتسير اجراءات التحكيم حسب القواعد التي سنها النظام او حسب القواعد المتفق عليها بين الطرفين ، وقد يطبق المحكم القواعد التي يراها ملائمة للوصول الى حل سريع واقتصادي ونهائي للنزاع .
يقوم المحكم او المحكمون بتوجيه اجراءات التحكيم وهذه الاجراءات تخضع للقواعد المتعلقة بالنظام العام ، في الدولة التي يجري على اقليمها التحكيم ، وقد قد يضع المحكم تلخيصا لمهمته في البداية يعرضه على المجلس وعلى الاطراف ولا يحول امتناع احد الاطراف عن التوقيع دون استمرار التحكيم .
تعتبر الاحكام نهائية وتنفذ من قبل الاطراف بحسن نية ، ويقدم المجلس مساعيه الحميدة لتسهيل تنفيذ الاحكام الصادرة وفقا لهذا النظام ، واذا امتنع المحكوم ضده من تنفيذ الحكم امكن اجباره عليه بواسطة السلطات المختصة في البلد الذي يقع فيه مكان التنفيذ . وقد يختار الاطراف عرض النزاع على هيئات تحكيم الغرف التجارية العربية الاوربية ، وعلى تطبيق قواعد تحكيم لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي (قواعد اليونسترال) وفي هذه الحالة تكون للمحكم او للمحكمين جميع السلطات التي يتضمنها النظامان معا وفي نفس الوقت .

د. سامية راشد ـ المصدر السابق ، ص130 .

ونص نظام الغرفة التجارية العربية الاوربية ايضا على كيفية اجراء الخبرة عن طريق هذه الغرفة ، حيث يمكن لكل من الاطراف ان يطلب من امانة التوثيق ان تعين على نفقته خبيرا او اكثر ويبلغ ذلك للطرف الاخر وتتم الخبرة بحضور الاطراف ويحرر الخبير تقريرا مسببا ، ولكن هذا التقرير لا يعتبر مسببا لهيئة التحكيم ولا يؤثر في التزامات الاطراف المتعاقدة ، ويمكن للطرف الاخر ان يطلب اجراء خبرة مضادة ، وقد تتم الخبرة بمناسبة قضية معروضة على التحكيم او تتم لذاتها بقصد اثبات الحالة او تقدير قيمة او لغير ذلك .

انه مما لا شك فيه ان وجود هذا النظام هو دفعة قوية لنمو وازدهار العلاقات التجارية بين الدول العربية وغيرها من دول العالم وخاصة الدول الاوربية .

المطلب الرابع

المركز الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القاهرة

تم انشاء المركز الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القاهرة ، بعد دراسة خلال عدة دورات للجنة القانونية الاستشارية لدول اسيا وافريقيا تمت في (لاجوس)
عام 1973 ، وفي طوكيو عام 1974 وفي كوالالمبور عام 1976 وفي بغداد عام 1977 ، حيث تبلورت فكرة انشاء مركز اقليمي للتحكيم التجاري الدولي احدها في كوالالمبور والاخر في القاهرة والثالث في بلد افريقي اخر ، ويتفق عليه مع السكرتير العام بواسطة الحكومات المعنية .
وقد تم انشاء المركز في القاهرة بناءا على قرار صادر عن اللجنة القانونية الاستشارية لدول اسيا وافريقيا ، بدورتها التي عقدت في الدوحة في ديسمبر عام 1978 ، وذلك كجزء من نظام اللجنة المتكامل لتسوية المنازعات في المجال الاقتصادي والتجاري . ويأتي انشاء المركز الدولي تكليلا لسلسلة من الجهود من جانب البلدان النامية منذ مؤتمر هافانا الذي عقد في 1947 ـ 1948 على المستويين الدولي والاقليمي ، داخل الامم المتحدة وخارجها من اجل ايجاد نظام عادل وكفء لتسوية المنازعات الناشئة عن المعاملات التجارية الدولية بما في ذلك الاستثمارات الاجنبية .

بالرغم من ان المركز يعد منظمة دولية من حيث شخصية القانون وحصانته ومزاياه وطبيعة الحقوق والواجبات ، التي تلتزم بها الدول المضيفة ـ مصر ـ واللجنة القانونية الاستشارية الاسيوية الافريقية بوصفها المهيمنة على المركز .

يمارس المركز الاقليمي للتحكيم بالقاهرة ، العديد من الانشطة ، فهناك الانشطة التشجيعية ، والتي تتلخص في نشر المعلومات عن المركز بغرض توضيح دوره وبقصد تعزيز التحكيم التجاري الدولي واعداد وطبع ابحاث المركز .

والهدف من هذه المراكز تشجيع الالتجاء الى التحكيم ، وتنسيق الجهود والخدمات في هذه المناطق وتقديمة المعونة للتحكيم الفردي ، خاصة الاخذ بقواعد اليونسترال واضفاء الاعتراف والقوة التنفيذية على الاحكام الصادرة عن هيئات التحكيم .

حيث جاء في نص المادة (1) من لائحة مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي حول وظائف المركز ما يلي : يعمل المركز كمؤسسة تحكيم في مجال التحكيم ويؤدي الوظائف التالية :

اتاحة التحكيم تحت اشراف المركز .

النهوض بالتحكيم التجاري الدولي في المنطقة .

تنسيق ومساعدة انشطة مؤسسات التحكيم القائمة وخاصة في ما بين المؤسسات الموجودة داخل المنطقة .

تقديم المساعدة في اجراء التحكيمات الخاصة وخاصة التحكيمات التي تجري وفقاً قواعد اليونسترال للتحكيم .

المساعدة في تنفيذ احكام التحكيم .

هذا وقد تبنى المركز بصفة عامة قواعد اليونسترال اساسا لنظام التحكيم فيه ، وهذا النظام ـ مثل كل نظم التحكيم ـ يستند الى ارادة الاطراف ، فلا بد من وجود شرط التحكيم في العقد المبرم بين الطرفين او في اتفاق مستقل عن وقوع النزاع ، وهذا الشرط يعبر فيه الاطراف عن اي نزاع او خلاف او مطالبة ناشئة عن العقد او متصلة به او بأي اخلال بالعقد او انهاء له في حالة عدم صحته سيتم حسم ذلك كله عن طريق التحكيم بواسطة قواعد التحكيم الخاصة بمركز القاهرة الاقليمي للتحكيم ، وقد يضيف الاطراف الى ذلك كيفية تعيين المحكمين وعددهم و القانون الواجب التطبيق واللغة التي تستخدم في التحكيم ومكان التحكيم ، حيث نصت المادة الرابعة من لائحة مركز القاهرة للتحكيم على ما يلي :

(اذا اتفق الطرفان كتابة في العقد على أن يفصل في المنازعات التي قد تنشأ عن ذلك او تتعلق به عن طريق التحكيم تحت اشراف المركز ، فان تلك المنازعات تخضع حينئذٍ لقواعد اليونسيترال للتحكيم ما يرد نص مغاير في العقد او في هذه اللائحة) .

كما نصت المادة (5) من لائحة مركز القاهرة للتحكيم على ما يلي (بغية تسهيل اللجوء الى التحكيم حيث يكون الطرفان قد اتفقا على تسوية منازعاتهما عن طريق صورة من صور التحكيم الخاصة وخاصة صور التحكيم بموجب قواعد اليونسترال للتحكيم يجوز لمدير المركز ـ بناء على طلب مكتوب من الطرفين ـ ان يرتب او يوفر التسهيلات والمساعدة بالنسبة للقيام باجراءات التحكيم حسبما يكون مطلوبا ويجوز ان تتضمن التسهيلات والمساعدة لهذا الغرض توفير مكان مناسب لجلسات التحكيم والمساعدة بجلسات السكرتارية وحفظ السجلات وتسهيلات الترجمة) .

كما نصت المادة (11) من لائحة مركز القاهرة للتحكيم على ما يلي :

اذا اتفق طرفا عقد ما كتابة على ان تسوى المنازعات التي تتعلق به عن طريق التحكيم وفقا لقواعد التحكيم بالمركز فان تلك المنازعات تسوى عندئذ وفقا لقواعد اليونسيترال للتحكيم مع الاخذ بالتعديلات الواردة في هذه القواعد .

تكون القواعد الواجبة التطبيق على التحكيم هي تلك القواعد السارية وقت بدء التحكيم ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك .

ويتم تعيين المحكمين بواسطة الاطراف ، فيختار كل طرف محكما عنه ويختار المحكمان رئيس هيئة التحكيم ، وقد يعهد الطرفان بهذا الاختيار الى الغير او الى المركز ذاته واذا لم يتفق الطرفان على اختيار الرئيس او على كيفية اختياره فان المركز يقوم بهذه المهمة .

اذا اتفق الاطراف على تسوية ودية لنزاعهم امكن ان يطلبوا من المحكمين انهاء الاجراءات او ان يطلبوا منه انهاء هذه التسوية في صورة حكم ، وفي هذه الحالة لا يلزم تسبيب الحكم ، واذا اختلف الاطراف في فهم الحكم او تبين وجود خطأ في الحساب او وجود خطأ في كتابته امكن للاطراف ان يطلبوا اليهم تصحيح ذلك ، ويستطيع المحكمون ايضا تصحيح الخطأ عند اكتشافه وتبليغ الاطراف بذلك . هذا ويمكن ان تتعدد الاحكام في القضية من احكام تمهيدية او جزئية الى احكام نهائية ، ويكون الحكم ملزما للاطراف ومكتوبا ومسببا وموقعا من المحكمين ، الا اذا كان هناك مخالف منهم فيوقع الحكم من الاثنين الاخرين ، ويذكر سبب عدم توقيع الثالث وتعتبر الاحكام سرية لا تذاع الا بموافقة الاطراف وترسل نسخة الحكم من المحكمين الى الاطراف مباشرة .

ان احكام المركز قابلة للتنفيذ طبقا لاحكام اتفاقية نيويورك لعام 1958 الخاصة بالاعتراف باحكام التحكيم التجاري الدولي وتنفيذها وذلك بالنسبة للدول المنظمة الى هذه الاتفاقية[1] .

انظر د. عبد الفتاح مراد ـ المصدر السابق ، ص121 .

المطلب الخامس

نظام محكمة التحكيم في لندن

من بين النظم القائمة في ظل هيئات التحكيم الوطنية محكمة تحكيم لندن ، حيث ان لها مكانة هامة باعتبار مدينة لندن من اهم مراكز التحكيم نشاطا وبالرجوع الى قواعد التحكيم التي اقرتها الهيئة المذكورة حسب اخر التعديلات المعتمدة في عام 1978 تجدر ملاحظة ما يلي :

أولا : ان تعريف التحكيم الدولي لا يتبع التعبير الفرنسي المرن الذي مناطه تعلق التحكيم بمعاملة دولية حسب المفهوم الاقتصادي ، وانما اخذت المادة الاولى في فقرتها (و) بضابط قانوني مقتضاه (ان يكون احد اطراف التحكيم على الاقل لا يمارس نشاطا تجاريا في المملكة المتحدة) .

ثانيا : لا تتطلب قواعد محكمة تحكيم لندن في اتفاق التحكيم سوى شرط واحد ، الا وهو ان يكون مكتوبا في وثيقة او صورة برقيات او تلكسات (الفقرة 5 من القاعدة 4) ، كما انه لا يشترط ان يتضمن اتفاق التحكيم تعيين المحكم المنفرد او هيئة التحكيم ، وانما يترك ذلك للاجراءات التي رسمتها القواعد بالنسبة لتعيين المحكمة او المحكمين بمعرفة
(محكمة تحكيم لندن) والواردة في الفقرة 5 من القاعدة 8 ، وفي القاعدة 9 بمختلف فقراتها من 1 الى 7 ، وتتميز الاحكام الواردة في هذا المجال بطابع خاص ، سواءا من حيث واجبات الحيدة التي يجب ان يتحلى بها المحكم والتفرقة بين صورة هيئة التحكيم التي يقوم رئيسها بدور محكم ثالث ، وصورة وجود محكم مرجح يتولى هو اصدار الحكم بمعاونة المحكمين الاخرين الذين يؤديان مهمة اقرب الى وظيفة المحامي ، الذي يسعى الى اقناع المحكم المرجح والاعتراضات على احد المحكمين ، او طلب تنحية يجب ان يرفع الى محكمة تحكيم لندن التي يكون لها وحدها سلطة الفصل في الطلبات المثارة الاستجابة او بالرفض .

ثالثا : تنص الفقرة (11) من القاعدة رقم (10) من قواعد محكمة تحكيم لندن ، انه من سلطة المحكم ان يفصل في كافة الاعتراضات المتصلة باختصاصه . كما ان له سلطة الفصل في تحديد دائرة الامور الداخلة في نطاق اختصاصه او مدى صحة او بطلان اتفاق التحكيم الذي يستمد منه سلطته ، وكذلك كافة المسائل المتصلة بالاتفاقيات القائمة بين الاطراف من حيث وجودها وصحتها ومدى تأثير ذلك على اتفاق التحكيم . ومؤدى هذه النصوص انه بقبول الاطراف في اتفاقهم الخضوع للتحكيم وفقا لقواعد هيئة لندن للتحكيم الدولي لم يعد يسع القضاء البريطاني سوى النزول عند ارادتهم هذه وبالتالي التسليم باستقلالية اتفاق التحكيم وانفصال مصيره عن العقد الاصلي ، حتى لو كان هذا الاخير باطلا بطلانا مطلقا .

رابعا : ان التجديد المهم الذي استحدثته قواعد محكمة تحكيم لندن عند تعديلها في عام 1978 ، يتناول جانبا اخر وهو فتح الطريق امام تكملة ما قررته باللجوء الى مصدر دولي يتمثل في القواعد النموذجية التي وضعتها لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، واقرتها الجمعية العمومية للامم المتحدة ، حيث ان الفقرة 8 من القاعدة 2 من قواعد محكمة تحكيم لندن المعدلة ، تنص صراحة على ان قواعد لجنة الامم المتحدة تعد مصدرا تكميليا واجبة التطبيق في شأن التحكيمات التي تتم في لندن في اطار تلك الهيئة الوطنية .

بل ان الفقرة التالية (القاعدة رقم 2 من الفقرة 9) ذهبت الى ابعد من ذلك حيث اجازت للاطراف الاتفاق على استبعاد ما قد يتعارض من قواعد محكمة تحكيم لندن مع قواعد لجنة الامم المتحدة ، بحيث جعلت من الممكن تغليب هذه الاخيرة على قواعد هيئة التحكيم الوطنية .

وأخيرا فان القاعدة رقم 3 قد اجازت في فقرتها العاشرة ان تقوم بدور سلطة التعيين في مجال تطبيق قواعد تحكيم الامم المتحدة عندما تطبق هذه بصفة أصلية او تبعية[1] .

---

(1) د. سامية راشد ـ المصدر السابق ، ص131 .

الخـــــــاتمة

الخاتـــــــــــــمة

حاولنا من خـلال بحـث موضـوع تـسوية المنازعـات الناشـئة عـن عقـد التـرخيص الدولي ، رسم حدود ومعالم هذا العقد في الباب الاول ، باعتباره من العقود التي قد تسهم فـي عمليـة نقل التكنولوجيا . متوخين في ذلك العرض والتحليل وبيان اهم القواعد القانونية التـي تحكـم العقـد المذكور ، باعتباره احد عقود التجارة الدولية التي يكون محلها نقل التكنولوجيا ، وركزنا علـى اهـم المسائل التي يثيرها العقد ، والتي تكمن في حساسية اطرافه والنابعة اصلا من عملية نقل التكنولوجيـا ذاتها .

فمن جهة تشعر الدول النامية كسوق كبير مستورد لها ، بان الدول المتقدمـة سـبب تخلفهـا وتسعى لاطالة امد تبعيتها لها ، ومن جهة ثانية تشعر الدول المتقدمة ان الدول النامية تطمع بالحصول على التكنولوجيا دون مقابل تدفعه او عناء تبذله . وسوف لا نناقش صحة ما يقال من هذه الفئـة مـن الدول او تلك ، لكننا نؤكد ان الوضع الذي تعيشه الدول النامية ، باعتمادها الى حد كبير على اسـتيراد التكنولوجيا ، يبدو انه قد يستمر الى فترة قد تطول قبل اعتماد هذه الدول على نفسها .

وان ما يقصد من هذه الفترة ، هو ما يتعين على الدول النامية ذاتها القيام بـه ، كـأن تقـوم بدراسة اوضاعها الحالية ، والبحث عن وسائل لعلاج هذه الاوضاع ، والتعرف جيدا علـى الاهميـة الاقتصادية للتكنولوجيا ، فضلا عن الاهمية الاقتصادية للملكية الصناعية بوجه عام ، ومن ثـم يتعـين على هذه الدول ان تبدي اهتمام اكبر بقوانين الملكية الصناعية على اساس ان هـذه القـوانين تعتبـر مظهرا قانونيا للتقدم التكنولوجي .

كذلك من المسائل التي يثيرها العقد ابتداءا من مرحلة المفاوضات وانتهاءا بتوقيع العقد وتنفيذه وهو عدم التكافؤ بين اطراف العقد . فالمورد (المرخص) كطرف قوي يفرض شروطه سواءا مـن حيث المقابل الذي يطلبه ، او تحديد مسؤوليته او بجعل التزامه بذل عناية لا تحقيق نتيجـة ، ويـذعن المتلقي (المرخص له) لتلك الشروط (الشروط المقيـدة **Les clauses Restrectives**)[1] ولاخيـــار لـــه فـــي ذلـــك ، ومثـــل هـــذا الوضـــع نـــاتج عمـــا

---

1) بحثنا الموسوم الشروط المقيدة في عقد الترخيص (دراسة قانونية) ، رسـالة ماجـستير ، كليـة القانون ، جامعة الجزائر ، 2000 ، ص21 .

تمنحه الدول المتقدمة من حماية للموردين التابعين لها ، وما تفرضه هذه الدول من قيـود علـى نقـل انواع معينة من التكنولوجيا .

وفي هذا المجال يأتي دور التشريع بوصفه الاداة الرئيسية لتطبيق اية سياسة تكنولوجية يهتدي بهديها المتلقي من الدول النامية ، على نحو تتولى قواعده ترجمة هذه السياسة الـى نـصوص عامـة ومجردة وملزمة ، بما يكفل انجاح هذه السياسة في التطبيق العملي ، ومن القوانين التي لها علاقة بذلك قانون براءات الاختراع وقانون العلامات والبيانات التجارية وقانون النماذج الصناعية وقـانون النقـد الاجنبي وقوانين الاشتثمار والكمارك والاستيراد والتصدير والشركات والضرائب والوكالات التجارية والسجل التجاري والصناعي . . . الخ .

وتعتبر هذه القوانين ذات علاقة مباشرة بالعقود التجارية الدولية عموما وعقود نقل التكنولوجيا على وجه الخصوص ، وان التعقيدات التي تبرز من جراء تطبيق مثل هذه القوانين تفوق كثيرا تلـك التي تبرزها فروع القانون الاخرى . ذلك لان تبادل المعلومات التقنية عبر حدود الدول ، يحتم علـى الاطراف في اي اتفاق دولي ، ان يكيفوا علاقاتهم مع كثير من النظم التشريعية الاجنبيـة ، وان هـذه النظم لا تتضمن غير ثمة عدد من النصوص التي تعالج ما يثار من منازعات بين اطراف العقد الدولي . وحاولنا من خلال هذا الباب بيان اثر الاخلال بالعقد الدولي لنقل التكنولوجيا ، من حيـث مـسؤولية الطرف المخل ، واستعرضنا ركن الخطأ والضرر ، وبينا ماهية الخطأ في التنفيذ والمعيار الذي رأيناه مناسبا لتحديد ذلك الخطأ .

وفي الباب الثاني ناقشنا موضوع تسوية المنازعات ، وبعد ان اوجزنا الوسائل التي تسوى بها منازعات اطراف عقود التجارة الدولية ، مثل التسوية القضائية والتسوية الوديـة المتمثلـة بـالتوفيق والمـصالحة ، اخترنـا موضـوع التحكـيم كوسـيلة عـلا شـأنها موضـوعا لدراستنا ، فاستعرضنا التحكيم في عقود التجارة الدولية ، من حيـث هـو وسـيلة رئيـسية لتـسوية المنازعات في عقود التجارة الدولية ، والدور الذي يقوم به التحكيم ، سواء في تحكيم الحالات الخاصة او التحكيم وفقا للوائح مراكز وهيئات التحكيم الدائمة ، واثر الاحكام التحكيمية ، حيث ان القاعدة هـي احترام القرار التحكيمي من قبل الاطراف وتنفيذه اختياريا من قبل الطرف الخاسر ، والا يقوم الطرف الذي صدر القرار لمصلحته ان يلجأ الى الجهات المختصة لاجباره على التنفيذ . وفي حالـة تقـاعس الطرف الاخر وامتناعه عن التنفيذ ويكون ذلك بعد اضفاء الصفة التنفيذية على القرار التحكيمي .

كذلك بينا القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وركزنا على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الاصلي ، وبينا ايضا القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم ، والامر يختلف في حالـة التحكيم الخاص ، حيث تبرز ارادة الاطراف بشكل واضح في تنظيم اجراءات التحكيم دون الرجـوع الى اي قانون وطني ، او الاتفاق على اعمال قواعد قانون وطني معين .

اما الاجراءات المتبعة في حالة التحكيم المؤسسي ، فالامر يختلف حيث يخضع الاطراف لما تفرزه القواعد المتبعة في المؤسسة التحكيمية ، ولم يعد للخصوم في مثل هذا النوع من التحكيم سوى اختيار المحكم او المحكمين من القائمة التي تعدها هيئة التحكيم ، وكذا مكان التحكيم .

اما في الباب الثالث ، ناقشنا كيفية تطبيق المحكم للقواعد القانونية في محل النزاع ، وفرقنا في حالة تطبيق المحكم لقواعد قانونية ذات طابع وطني ، وتطبيق المحكم لقواعد قانونية ذات طابع دولي . حيث بينا دوراطراف العقد في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، من حيث حريتهم في ذلك واختيارهم لقانون دولة احدهم او قانون محل تنفيذ العقد او محل ابرامه او قانون محايد . ثم ناقشنا دور المحكم في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند سكوت الاطراف عن تعيينه او الاتفاق على ان يقوم المحكم بذلك ، وبينا مدى حرية المحكم او هيئة التحكيم في تعيين القانون الواجب التطبيق ، والاسس المتبعة او المعتمدة في اختيار القانون الملائم ، وذلك على وفق معايير يمكن الركون اليها في تحديد القانون المذكور ، ودور المبادئ العامة في القانون والاعراف التجارية في نظام التحكيم التجاري الدولي .

وكشفت الدراسة ان السلطة التقديرية الواسعة التي يتمتع بها المحكم عند تحديده للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، في حالة عدم الاختيار من شأنها ان تؤدي الى الاخلال بتوقعات الاطراف ، كما قد يسيء المحكم استخدام هذه السلطة .

وخلصت الدراسة الى ان عقد الترخيص الدولي باعتباره من عقود التجارة الدولية ، في الفرض الذي لا يختار فيه الاطراف القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو عقد بدون قانون ، بحسبان ان المحكم عند حسمه للنزاع لا يخضع لاي قواعد قانونية ، وان القانون الذي يتوصل الى تطبيقه على هذا العقد هو القانون الذي اعتقد المحكم بوصفه اكثر ملائمة لحكم النزاع وفقا لعدالته الشخصية . وبناءا عليه فان السلطة الممنوحة للمحكم في هذا الغرض تقترب من طبيعة سلطة المحكم المفوض بالصلح ، اذ ان كلا نوعي التحكيم يمنحا المحكم سلطة تقديرية واسعة في البحث عن اكثر القوانين ملائمة وتحقيق العدالة المطلوبة .

وقد تمخضت الدراسة عن نتائج اشرنا اليها ، وتوصيات نرى من الضروري بيانها ويمكن ان نجملها بالاتي :

يفتقر التشريع العراقي والجزائري وكافة التشريعات العربية ، الى نظام قانوني متكامل لعقـود نقل التكنولوجيا عموما وعقود الترخيص خصوصا ، عليه نقترح ان يكون هناك نظاما قانونيا للعقـود التي تكون محلها تكنولوجيا ، ترتكز من جانب على قواعد تختص بعقود تملك التكنولوجيـا (عقـود الرقبـــة) ، ومـــن جانـــب اخـــر علـــى احكـــام لعقـــود المنفعـــة (الترخيص) ، اي الترخيص باستغلال تلك التكنولوجيا اصوليا .

والحقيقة ان على العراق والجزائر ان يعيا حقيقة مشكلتهما ، وينهضا جاهدين على حلها سواء تمثل ذلك في اخذهما بالنظم القانونية الملائمة ، ولنا خير مثال الخطوات التـي اتبعتهـا دول امريكـا اللاتينية والهند ، واصبحت مثلا يحتذى به في هذا المجال ، او التعـاون علـى المـستوى الاقليمـي والاشتراك في المؤتمرات والملتقيات الدولية في هذا الخصوص ، سواء في نطاق المنظمـة العالميـة للملكية الفكرية **WIPO** او في نطاق برنامجها الدائم القانوني الفني ، لحـصولها علـى التكنولوجيـا المرتبطة بالملكية الصناعية بشروط مناسبة وهذا ما اتجهت اليه الجزائر ، ولكن بالنسبة للعراق فالامر يختلف بفعل الحصار الاقتصادي المفروض عليه ، والاحداث السياسية الاخيرة التي يشهدها البلد ومـا صاحبها من تغييرات على جميع الاصعدة ، والتي ادت بالنتيجة الى جعل العراق من الدول المتخلفـة لاسيما في المجال الصناعي .

هذا من جانب ومن جانب اخر ، نرى ان العراق يكاد يكون منغلقا ومتخذا موقفـا سـلبيا ازاء التحكيم التجاري الدولي ، لكن الضرورات العملية ونهضة العراق الشاملة التي تعثرت كثيرا يتوجـب عليه الاسراع بتنفيذ خطط التنمية ، باعتبار العراق قوة اقتصادية في مجال المعاملات التجارية الدولية ورغبته في الحصول على الخبرة والتكنولوجيا الحديثة ، هذا ما يدعو حث المشرع بقبول وضع شرط التحكيم في العقود التجارية الدولية التي يبرمها العراق مع الشركات الاجنبية ، لاسـيما وان العـراق يشهد مرحلة انتقالية ترافقها عملية اعمار شاملة . واذا ما اريد ان يكون العراق في المستقبل مركـزا للتحكيم التجاري الدولي ، نجد من الضروري ان يصدر قانون خاص بالتحكيم التجاري الـدولي ، وان يأخذ بنظر الاعتبار احدث الاراء الفقهية والعملية في مجال التجارة الدولية ، والافـضل ان يـسترشد بالقانون النموذجي الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للامم المتحدة عام 1985 ، فيأخذ منه الاحكام التي تلائم نظامنا القانوني ، ويقرر ما يمكن اضافته او تعديله وفقا للـسياسة الاقتـصادية العراقية ، وبشكل لا يتعارض مع مصادر التشريع العراقي . وكذلك أدعو الـى الإنـضمام لإتفاقيـة نيويورك لعام 1958 ، هذا من جانب ومن جانب اخر يحذو حذو الجزائر بالسعي للانضمام لمنظمـة التجارة العالمية .

لذا توصي الدراسة كلا من المشرع العراقي والجزائري ، الى ضرورة اعادة النظر بقواعد تنازع القوانين بشأن عقود التجارة الدولية ، اذ ان القواعد المقررة حاليا سواء في العراق او في الجزائر غير قادرة على مواجهة التطورات المستمرة في العلاقات التجارية الدولية ، فهي قواعد تقليدية لا تساير التطور التشريعي وتبدو وكأنها عاجزة عن اللحاق بمستجدات التجارة الدولية . حيث ان القاضي العراقي او الجزائري سيجد نفسه محرجا اذا ماعرضت عليه قضية تتنازع فيها القوانين لقصور القواعد القانونية الموجودة الان ، فالقواعد الخاصة بالعقود الدولية المنصوص عليها في المادة 25 مدني عراقي والمادة 18 مدني جزائري ، لا يمكنها ان تقدم حلولا منطقية لعقود لم تكن في بال المشرع عند وضعه لتلك القواعد ، ومن ذلك عقود نقل التكنولوجيا وعقود الترخيص وعقود انشاء المجمعات الصناعية وغيرها ، فمثل هذه العقود لها طابعها الخاص ولا يمكن ادراجها ضمن طوائف العقود التقليدية ، بل ان واقع الحال يتطلب العمل الجاد في وضع قواعد اسناد تفصيلية تلائم هذه العقود .

تدعو الدراسة للعقود التي تكون الدولة او احد مشروعاتها العامة طرفا فيها مع طرف اجنبي خاص ، يتعين ادراج نص يقضي بتطبيق قانون هذه الدولة ، او في حال عدم التوصل الى مثل هذا الاتفاق ، ينبغي ان يتضمن العقد نصا يقضي بتطبيق القانون الاكثر صلة بالعقد . اذ يؤدي في الغالب الى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة ، سواءا بوصفها الدولة التي ابرم فيها العقد في حالة ابرامه في العراق او الجزائر او بحسبانه مكان التنفيذ الرئيسي او المميز خاصة وان معظم تلك العقود تنفذ عادة في اقليم الدولة المتعاقدة .

تهيب الدراسة باطراف العلاقة العقدية بضرورة حسن اختيار المفاوضين واسناد عملية صياغة العقد الى متخصصين تتوافر فيهم الخبرات القانونية والفنية التي تمكنهم من الصياغة الدقيقة للعقد بكافة جوانبه الفنية منها والقانونية خشية الوقوع في بعض المصائد ، التي تنسجها الشركات الاجنبية ، وتقدمها على شكل مقترحات مبهمة ، الهدف منها تدويل نظام العقد ، من ذلك ادراج نص يقضي بطبيق اعراف ومبادئ التجارة الدولية ، وتظهر هذه المسألة في العقود التي يكون احد طرفيها دولة نامية او احد مشروعاتها العامة ، اذ تستند عملية صياغة وابرام العقود الى موظفين تنقصهم الخبرات بالمقارنة مع الخبراء الفنيين والقانونيين الذين يتمتعون بدرجة عالية من الكفاءة ، الذين تستعين بهم الشركات الاجنبية المتعاقدة مع الدولة ، الامر الذي يؤدي الى عدد من الثغرات القانونية يكون اغلبها لصالح الطرف الاجنبي ، مما يحمل الدولة اعباء مالية تؤدي الى ضعف مركزها القانوني .

كذلك تدعو الدراسة الى ضرورة قيام الدولة بانشاء وسائل قادرة لتسوية ما قد تثيره عقود التجارة الدولية من منازعات ، بحسبان ان تسوية المنازعات بصورة فعالة من شأنه ان يشجع تدفق رؤوس الاموال واستقطاب الاستثمارات في الدولة ، وهذا لن يتأتى الا بوجود هيئة قضائية متخصصة بفض منازعات عقود التجارة الدولية .

تهيب الدراسة باطراف عقود التجارة الدولية ، عدم قبول العقد الذي يحتوي على شرط التحكيم التجاري الدولي ، كصيغة جاهزة مطبوعة ومعدة سلفا ، وانما يجب صياغة اتفاق التحكيم صياغة خاصة وفقا لطبيعة العلاقة العقدية وطبيعة تنفيذها وظروف اطرافها .

توصي الدراسة الاطراف في عقود التجارة الدولية ، عندما يفضلوا حل منازعاتهم عن طريق التحكيم التجاري الدولي ، الاعتناء بصياغة اتفاق التحكيم على نحو يتضمن بدقة تعيين موضوع النزاع حتى تحدد سلطة المحكم بناءا على هذا التعيين ، وتحديد نوع التحكيم المختار ومكانه ولغته والتحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وعلى الاجراءات و القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع .

تدعو الدراسة اطراف اتفاق التحكيم حسن اختيار هيئة التحكيم ، لاسيما وان بعض مراكز وهيئات التحكيم التجاري الدولي ، تسيطر عليها شركات غربية ، ومن ثم لا يمثل التحكيم فيها ضمانة حقيقية للطرف الضعيف اقتصاديا ، بل يعد وسيلة لحماية الطرف الاجنبي ويرمي في الغالب الاعم الى تطبيق قواعد قانونية غير وطنية .

واخيرا نأمل ان يأخذ المشرع العراقي والمشرع الجزائري بنظر الاعتبار تنظيم عقد الترخيص الدولي وعقود نقل التكنولوجيا عموما . خاصة وان البلدين يشهدان انفتاحا على جميع المستويات ، الذي يجب ان يستتبع بتغييرات على المستوى القانوني والاقتصادي والاجتماعي ، وبما يتلائم مع حجم التحضيرات التي تقوم بها الجزائر للانضمام بمنظمة التجارة العالمية .

نرجو ان نكون قد وفقنا في دراسة هذا الموضوع الشائك ، ولأننا لا ندعي كمالاً ، نأمل ان يأتي من بعدنا من تكون امامه صورة هذا الموضوع اكثر وضوحا ، بما يمكنه من التصدي له بشكل افضل وعلني قد اسهمت من خلال هذه الدراسة في عملٍ نافع ، املا قبوله مني ، معتذرا عن غفلة او خطأ عن جهل ، اذ العصمة .

وآخر دعوانا ان الحمد رب العالمين

المصادر

المصادر باللغة العربية

أولا : المؤلفات العامة :

- د. ابو العلا علي ابو العلا النمر - القانون الواجب التطبيق على المسائل الاجرائية ، في مجال التحكيم ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999 .
- د. أبو زيد رضوان - الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1981 .
- د. ابراهيم احمد ابراهيم - القانون الدولي الخاص ، ج1 ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 .
- د. احمد ابو الوفا - التحكيم الاختياري والاجباري ، ط4 ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، مصر ، 1983 .
- د. أحمد عبد الكريم سلامة - القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1985 .
  - الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية ، من قانون المرافعات الى القانون الدولي الخاص ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988 .
- د. أكثم الخولي - الوسيط في الاموال التجارية ، ج3 ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، 1964.

- د. انور سلطان – العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة ، مطبعة جامعة القاهرة ، مصر 1980 .
- د. باسم محمد صالح – القانون التجاري ، القسم الاول (النظرية العامة) ، ط2 ، دار الحكمة ، بغداد ، 1992 .
- د. جابر ابراهيم الراوي – احكام تنازع القوانين في القانون العراقي ، مطبعة الحكم المحلي ، بغداد ، 1980 .
- د. جلال احمد خليل – النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا الى الدول النامية ، مصر ، 1983 .
- د. جميل الشرقاوي – شرح العقود المدنية ، البيع والمقايضة ، مطبعة دار المعارف ، مصر ، 1970
- د. جعفر الفضلي – الوجيز في العقود المدنية ، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية ، مطبعة التعليم العالي في الموصل ، العراق ، 1989 .
- د. هاني محمد دويدار – النظام القانوني للتجارة ، العقود التجارية ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، بيروت ، 1997 .
- د. هشام علي صادق – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشأة المعارف ، القاهرة ، 1991 .
- د. زروتي الطيب – القانون الدولي الخاص الجزائري ، ج1 ، تنازع القوانين ، مطبعة الكاهنة ، الجزائر ، 2000 .
- د. حلمي بهجت بدري – اصول الالتزامات ، ج2 ، القاهرة ، 1974 .

ـ د. حمزة حداد ـ قانون التجارة الدولي ، الدار المتحدة للنشر ، بيروت 1980 .

ـ د. حسن الهداوي ـ القانون الدولي الخاص ـ تنازع القوانين ، المبـادئ العامـة والحلـــول الوضعية في القانون الاردني ، دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة للنـشر والتوزيع ، عمان ، 2001 .

ـ د. حسن الهداوي ، د. غالب الداوودي ـ القانون الدولي الخـاص ، مطبعـة وزارة التعلـــيم العالي والبحث العلمي ، ط1 ، بغداد ، 1988 .

ـ د. حفيظة السيد الحداد ـ القانون القضائي الخـاص الـدولي ، منـشأة المعـارف بالاسكندرية ، مصر ، 1993 .

ـ العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الخاصـة الاجنبيـة ، ط1 ، دار النهـــضة العربية ، القاهرة ، 1996 .

ـ القانون الدولي الخاص ، دار الفكر الجامعي ، الاسـكندرية ، مـصر ، 1999 .

ـ د. طوني ميشال عيسى ـ خصوصيات التعاقد في المعلوماتية ، المنشورات الحقوقية ، بيروت ، 1998 .

ـ د. يوسف عبد الهادي خليل الاكياني ـ النظام القانوني لعقـود نقـل التكنولوجيـا ، بيـــروت 1989 .

ـ د. كمال ابراهيم ـ التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربـي ، ط1 ، القـاهرة ، 1991 .

ـ د. محي الدين اسماعيل علم الدين ـ منصة التحكيم التجاري ، ج1 ، الدار الجامعية بالاسكندرية ، مصر ، 1986 .

ـ د. محمد ابراهيم دسوقي ـ الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وابرام العقود ، الادارة العامة للبحوث ، المملكة العربية السعودية ، 1995 .

ـ د. محمد حسام محمود لطفي ـ استخدام وسائل الاتصالات الحديثة فـي التفـاو f
علـــى
العقود وابرامها Û الانظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتـضيات التجـارة
الدولية Û معهد قانون الاعمال الدولي Û كلية الحقوق Û جامعة القـاهرة Û
دار
جالكسي للطباعة Û القاهرة Û 1994 .
ـ المسؤولية في مرحلة التفاو f Û مطبعة النسر الـذهبي Û القـاهرة Û
1995 .
ـ د. محمد حسين عباس ـ التشريع الصناعي Û دار النهـضة العربيـة Û القـاهرة Û
1967 .
ـ الملكية الصناعية والمحل التجاري Û دار النهضة العربيـة Û القـاهرة
1971 .
ـ الملكية الصناعية وطريقة انتقال الدول النامية الى عصر التكنولوجيا Û
منشورات الويبو Û 1976 .
ـ د. محمد حسنين ـ الوجيز في الملكية الفكرية Û المؤسسة الوطنية للكتاب Û الجزائر
Û
1981 .
ـ د. محمد يوسف علوان ـ النظام القانوني لاستغلال النفط فـي الاقطـار العربيـة Û
دراســــــــــــــــــة فـــــــــــــــــــــي
العقود الاقتصادية الدولية Û ط1 Û جامعة الكويت Û الكويت Û 1982 .
ـ د. محمد عبد الله المؤيد ـ القانون الدولي الخـاص Û تنـازع القـوانين وتنـازع
الاختــصاص
القضائي الدولي Û ط1 Û اوان للخدمات الاعلانية Û صنعاء Û 1999 .
ـ د. محمد صبري السعدي ـ شـرح القـانون المـدني الجزائـري Û ج2 Û ديـوان
المطبوعـــات
الجامعية Û الجزائر Û 1994 .

ـ د. محمد شكري سرور ـ التأمين ضد الاخطار التكنولوجية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1986 .

ـ النظرية العامة للقانون ، ط2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 .

ـ محمود الكيلاني ـ عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، ط2 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1995 .

ـ د. محمود الرشيد قريΣ ـ ديناميكية نقل التكنولوجيا في الدول العربية ، دار الثقافة ، قطر ، الدوحة ، 1986 .

ـ د. محمود محمد ياقوت ـ حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2000 .

ـ د. محمود مسعد ـ ضمانات ووسائل تسوية منازعات الاستثمار الاجنبي في المملكة العربية السعودية ، الرياض ، 1980 .

ـ د. محسن شفيق ـ نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، مطبعة جامعة القاهرة ، مصر ، 1984 .

ـ المشروعات والقوميات المتعددة ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1978 .

ـ د. منير عبد المجيد ـ تنازع القوانين في علاقات العمل الفردي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1991 .

ـ قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1995 .

ـ د. مصطفى العوجي ـ شرح القانون المدني ، المسؤولية المدنية ، 2 ط ، 1 ج ، مؤسسة بحسون ، لبنان ، 1995 .

ـ د. مصطفى محمد جمال Û د. عكاشة محمد عبد العال ـ التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة Û ج1 Û ط1 Û القاهرة Û 1998 .

ـ د. مقدم السعيد ـ نظرية التعويض عن الضرر المعنوي Û ديوان المطبوعات الجامعيـــة Û الجزائر Û 1992 .

ـ د. نبيل ابراهيم سعد ـ العقود المسماة Û ج1 Û البيع Û دار النهضة العربية Û القاهرةÛ 1997.

ـ د. نبيل احمد حلمي ـ التوفيق كوسيلة لحل المنازعات الدولية في القانون الدولي العام Û دار النهضة العربية Û القاهرة Û 1983 .

ـ د. نعيم عطية ـ التعاقد الدولي وتجهيز مشروعات التنمية Û دار النهضة العربية Û القـــاهرة Û 1997 .

ـ د. سامية راشد ـ التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة Û دار الفكر العربي Û القاهرة Û 1984 .

ـ الاحكام الوضعية Û تنازع القوانين Û ج2 Û دار النهضة العربية Û القـــاهرة Û 1984 .

ـ التحكيم في المركز الاقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري منشأة المعارف Û 1986 .

ـ د. سهير منتصر ـ الالتزام بالتبصير Û دار النهضة العربية Û القاهرة Û 1999 .

ـ د. سليمان مرقص ـ شرح القانون المدني Û العقود المسماة Û المجلد الاول Û عقد البيـــع Û ط4 Û القاهرة Û 1984 .

ـ الوافي في شرح القانون المدني Û الالتزامات Û نظرية العقود والادارة المنفردة Û النهضة العربية Û القاهرة Û 1984 .

ـ د. سميحة القليوبي ـ الوجيز في التشريعات الصناعية ، ج 2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1967 .

ـ د. سمير حسن جميل الفتلاوي ـ استغلال براءة الاختراع ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1984 .

ـ د. سعدون القشطيني ـ دراسة في الشروط العامة للمقاولات ، اعمال الهندسة المدنية العراقية كعقد نموذجي ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1975 .

ـ د. سعيد يحيى ـ تنظيم نقل المعرفة التقنية ، مطبعة كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، مصر ، 1986 ،

ـ د. عبد المجيد الحكيم ـ الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ج1 ، بغداد ، 1977 .

ـ د. عبد الفتاح مراد ـ شرح قوانين التحكيم ، دار الفكر العربي للطباعة والنشر ، القاهرة ، 1995 .

ـ د. عبد الفتاح عبد الباقي ـ نظرية العقد ، مطبعة دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1989 .

ـ د. عبد الرزاق السنهوري ـ نظرية العقد ، دار الاحياء العربي ، بيروت ، 1934 .

ـ الوسيط في القانون المدني ، العقود الواردة على العمل ، دار النهضة العربية ، 1964 .

ـ د. عز الدين الدناصوري ، د. عبد الحميد الشواربي ـ المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998 .

- د. عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص ، ج2 ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي ، ط2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1977 .
- د. عكاشة محمد عبد العال – قانون العمليات المصرفية ، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1994 .
- د. علي بن شنب – الآليات القانونية للعلاقات التجارية الدولية في الجزائر ، باريس ، 1979.
- د. علي حسن يونس – العقود التجارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1993 .
- د. علي علي سليمان – دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري ، ط3 ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1989 .
- مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجزائرية ، 1990 .
- مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط4 ، الجزائر ، 1993 .
- د. عصام الدين القصبي – النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 .
- د. فواز عبد المنعم رياض – الوسيط في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة , 1979 .
- د. فوزي محمد سامي – التحكيم التجاري الدولي ، مطبعة جامعة بغداد ، العراق ، 1992.
- د. صلاح الدين جمال الدين – عقود الدولة لنقل التكنولوجيا ، دراسة في اطار القانون

الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 .

ـ د. صلاح الدين الناهي ـ الوجيز في الملكية الصناعية ، دار الفرقان ، بغداد ، 1984 .

ـ د. رشوان حسن رشوان احمد ـ اثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد ، عرض لفكرة ملائمة العقد للظروف الاقتصادية ، ط1 ، 1994 .

ـ د. ثروت حبيب ـ دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية ، ط2 ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، 1995 .

ثانيا : المؤلفات الخاصة :

1 / الرسائل الجامعية :

ـ د. أواز سليمان دزه يي ـ الالتزام بالادلاء بالمعلومات عند التعاقد ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2000 .

ـ أحمد حسان الغندور ـ التحكيم في العقود الدولية للانشاءات ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، بني سويف ، جامعة القاهرة ، 1998 .

ـ د. أشرف عبد العليم الرفاعي ـ النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة عين شمس ، مصر ، 1997 .

ـ د. حميد بن شنيتي ـ مدى سلطة القاضي في تعديل العقد ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة الجزائر ، 1996 .

ـ د. طارق عبد الله المجاهد ـ تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2001 .

- د. طلال ياسين العيسى - العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1996 .
- د. محمد عبدة سعيد اسماعيل - الشركات المتعددة الجنسية ومستقبلها في الدول النامية مع الاشارة الى مصر ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، 1986 .
- د. محمد شوقي شاهين - الشركات المشتركة ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون جامعة القاهرة ، 1987 .
- د. معاشو عمار - الضمانات في العقود التجارية الدولية في التجربة الجزائرية ، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، 1998 .
- د. نداء كاظم المولى - الاثار القانونية لعقود التجارة الدولية لنقل التكنولوجيا ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1996 .
- د. نصيرة بو جمعة سعدي - عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة الاسكندرية ، 1987 .
- د. سلامة فارس عرب - وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنوفية ، مصر ، 1999 .
- د. سعيد اسماعيل البرزنجي - الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الغربي والفقه الاسلامي رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ، 1971 .

ـ د. عبد الحميد محمود حسن السامرائي ـ تنازع القوانين في المسؤولية التقصيرية ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، العراق ، 1990 .

ـ د. عوض الله الشيبه الحمد السيد ـ النظام القانوني لعقود انشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الاجنبية الخاصة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة اسيوط 1993 .

ـ د. علاء عزيز حميد ـ عقد الترخيص ، رسالة ماجستير ، كلية النهرين للحقوق ، العراق ، 1999 .

ـ د. صادق زغير محيسن ـ تنازع القوانين في عقود نقل التكنولوجيا ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، العراق ، 2001 .

2 / الدوريات :

ـ د. ابراهيم احمد ابراهيم ـ تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد 37 ، الظاهرة 1981 .

ـ أحمد ابو الوفا ـ التحكيم في القانون الدولي والقانون المصري ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد الخمسون ، العدد التاسع , 1994 .

ـ د. أحمد ابو زيد ـ الظاهرة التكنولوجية ، مجلة عالم الفكر ، المجلد الثالث ، العدد الثاني ، 1972 .

ـ د. احمد صادق القشيري ـ الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد الحادي والعشرون ، العدد السابع عشر ، 1965 .

ـ د. احمد عبد الفتاN الشلقاني ـ التحكيم في عقود التجـارة الدوليـة Û مجلـة ادارة قـــــــــضايا
الحكومة Û السنة العاشرة Û العدد3 Û القاهرة Û 1966 .

ـ د. احمد ناجي الصلاحي ـ تحديد نUام التحكيم التجاري الدولي وبيان اساسه Û مجلة التحكيم Û العدد الثاني عشر Û وزارة التموين والتجارة Û صنعاء Û سبتمبر Û
1997 .

ـ أحمد قسمت الجداوي ـ تنازع القوانين في شθن قابلية النـزاع للتحكـيم Û دراسـة مـــــــــوجزة
في اطار القانون المصري الجديد Û رقم 27 لسنة 1994 Û مجلة العلـوم القانونية والاقتصادية Û العدد الثاني Û السنة الثامنة والثلاثون Û 1996 .

ـ د. باسم محمد صالη ـ العقود التجارية Û الاسس النUارية والعملية للالتزام والتنفيP Û
مجلة العلوم القانونية Û المجلد 8 Û العدد الاول والثاني Û 1989 .

ـ د. بسعي توفيق ـ التحكيم في عقود التجارة الدولية Û محاضرات القيت على طلبـة الدراسات العليا Û كلية القانون Û جامعة الجزائر Û 1999 Û غير منشور .

ـ د. جميل الشرقاوي ـ محاضرات في العقود الدولية Û دار النهضة العربية Û القاهرة Û
1997 .

ـ د. جورJ حزبون ـ النUام القانوني للتحكيم الاجنبي في القانون الـداخلي Û مجلـة الحقوق Û العدد الرابع السنة الحادية عشرة Û ديسمبر 1987 .

ـ د. هشام علي صادق ـ مدى سلطة المحكمين في اعمـال القواعـد Pات التطبيـق الـــــــــضروري
المجلة المصرية للقانون الدولي Û المجلد الخمـسون Û العـدد الثـاني Û 1994 .

ـ د. حميد يونس ـ شروط التحكيم ومدى رقابة المحكم على حكم المحكمـين Û فـي التشريع العراقي Û مجلة القضاء Û العدد الثاني Û 1998 .

ـ د. محسن شفيق ـ التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدوليـة) Û مجموعة محاضرات مطبوعة على الالة الكاتبة Û القيت على طلبة دبلـوم الدراسات العليا في القانون الخاص Û جامعة القازارة Û 1973-1974 .

ـ د. محمد سعيد الحلفاوي ـ استراتيجيات واساليب التضامن مع الـشركات المـوردة للتكنولوجيا Û بحث مقدم الى الندوة التي نµمتها اكاديمية البحث العلمـي فـــــــــــي القازارة للفترة من 19-20 فبراير 1976 Û غير منشور .

ـ د. محمد عبد الµازار حسين ـ الجوانب القانونية للمرحلة السابقة علـى التعاقـد Û بحـــــــــــث منشور في مجلة الحقوق الكويتية Û ع2 Û 1998 .

ـ د. مفيد شهاب ـ التحكيم التجاري الدولي في العالم العربـي Û المجلـة المـصرية للقـــــــــــانون الدولي Û القازارة Û 1985 .

ـ د. مµفر ناصر حسين ـ القانون الواجب التطبيق في قرارات زايئات التحكيم Û مجلة العدالة Û العدد الاول Û السنة الثانية Û وزارة العدل Û بºداد Û 2000 .

ـ د. مختار احمد بريري ـ الاثر المانع لاتفاق التحكيم Û مجلة التحكـيم والقـانون Û مركـــــــــــز الدكتور عادل خير للقانون والتحكيم Û المجلد الثالث Û يوليو 1997 .

ـ د. سامية راشد ـ قاعدة الاسناد امام القضاء ـ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية Û العـــــــــــدد الثاني Û السنة الرابعة عشرة Û يوليو Û 1974 .

ـ د. سميحة القليوبي ـ تقييم شروط التعاقد والالتـزام بالـضمان فـي عقـود نقـل التكنولوجيـــــــــــا Û مجلة مصر المعاصرة Û العدد الخامس Û 1986 .

ـ د. عبد العزيز قادري ـ دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول اخرى في مجـال الاستثمارات الدولية (عقد الدولة) Û المجلد 7 Û العـدد 1 Û الجزائـر Û 1996 .

ـ د. عز الدين عبد الله ـ تنازع القانون في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص ، مجلة مصر المعاصرة ،السنة 1969 ، العدد 371 ، يناير ، 1978 .

ـ تنازع القوانين من القانون المدني الجزائري الجديد ، مصر المعاصرة ، السنة 70 ، العدد 378 ، اوكتوبر 1979 .

ـ د. عزمي عبد الفتاح ـ دعوى بطلان حكم التحكيم في قانون التحكيم المصري الجديد ، رقم 27 لسنة 1994 ، مجلة التحكيم والقانون ، المجلد الثاني ، مركز عادل خير للقانون والتحكيم ، القازارة ، 1997 .

ـ فؤاد رياض ـ مركز المشروعات العامة في القانون الدولي الخاص ، مجلة مصر المعاصرة ، اكتوبر ، 1965 .

ـ فوزي محمد سامي ـ الاتفاقيات العربية في التحكيم الدولي (في مجال القانون الخاص) ، مجلة العلوم القانونية ، بغداد ، المجلد السابع ، العدد الاول والثاني ، 1988 .

3 / التقارير وأحكام المحاكم :

ـ وثيقة لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للامم المتحدة 337 / 9 ، A / CN الصادر في الاول من حزيران 1990 .

ـ الدليل القانوني للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن صياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية ، أعدته لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) ، منشورات الامم المتحدة ، نيويورك ، 1988 .

ـ منشورات اكاديمية البحث العلمي لعام 1985 في مصر ، التي تضمنت التعريفات العديدة التي وضعها الاقتصاديون والمهندسون بهدف تنظيم عملية نقل التكنولوجيا .

ـ منشورات اكاديمية البحث العلمي لسنة 1983 في مصر ، التقرير النهائي الموحـد لاكاديمية البحث العلمي بعنوان (نحو سياسة تكنولوجية لمصر) .

ـ شرح القانون النموذجي للبلدان النامية ، نشرة WIPO لسنة 1982 .

ـ الدليل الذي أعدته منظمة WIPO بعنوان (دليل التراخيص المعد لـصالح البلـدان النامية) ، منشورات منظمة WIPO لعام 1978 ، رقم (A ـ 620) .

ـ اثار نظام براءات الاختراع على الترخيص الدولي ، بحث مقـدم للمكتـب الـدولي لمنظمة WIPO ، ضمن بحوث مؤتمر بغداد لنقل التكنولوجيا في مارس 1977 .

ـ التقرير النهائي لمؤتمر بغداد العربي لنقل التكنولوجيا الذي انعقد في مـارس 1977 في جامعة الدول العربية .

ـ مجموعة المعاهدات والاتفاقات المعقودة بين العراق والـدول الاجنبيـة فـي وزارة الخارجية العراقية ، مطبوعات دار الحرية في بغداد لعام 1972 ، الجزء 13 .

ـ تقرير الاستاذ Sauser Hall ، منشور في حولية معهد القانون الدولي لعام 1975 في المجلد الاول .

ـ حكم صـادر عـن المحكمـة العليـا فـي الجزائـر ، ج ، م ، 17 / 6 / 1987 ، ملف رقم 49174 .

ـ حكم صادر عـن المحكمـة العليـا فـي الجزائـر ، ج ، م ، 19 / 11 / 1990 ، ملف رقم 63149 .

ـ حكـم صـادر عـن المحكمـة العليـا فـي الجزائـر ، ج ، م ، 2 / 3 / 1983 ، ملف رقم 20310 .

ـ حكـم صـادر عـن المحكمـة العليـا فـي الجزائـر ، ج ، م ، 3 / 6 / 1987 ، ملف رقم 49767 ، م ، ق ، 1990 ، 3 ، ص30 .

ـ حكم صادر عن المحكمة العليا فـي الجزائـر ، ج ، م ، رقـم 65920 ، الـصادر بتاريخ 11 / 6 / 1990 ، ملف رقم 57112 .

ـ حكم صادر في الدعوى رقم 1422 لسنة 1966 ، منشور في جريدة القانون الدولي ، 1974 ، العدد الرابع .

ـ حكم لمحكمة التحكيم عن غرفة التجارة الدولية في باريس في القضية رقم 1526 ، عام 1968 ، منشور في جريدة القانون الدولي ، 1974 ، العدد الرابع .
ـ حكم لمحكمة التحكيم عن غرفة التجارة الدولية في باريس في القضية رقم 3916 ، لسنة 1983 ، منشور في مجلة التحكيم لسنة 1984 ، العدد العاشر .

ثالثا : النصوص القانونية :

ـ قانون التحكيم المصري رقم 57 لسنة 1994 .
ـ قانون رقم 89 / 2 المؤرخ في 7 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك في الجزائر .
ـ قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 .
ـ قانون المرافعات المدنية في فرنسا ذي الرقم 81 / 500 والصادر بتاريخ 12 مايو 1981 .
ـ قانون التجارة الجزائري رقم 88 / 4 المعدل والمتمم للامر رقم 75 / 59 المؤرخ في 26 / 9 / 1975 .
ـ القانون المدني الجزائري الصادر بالامر رقم 75 / 58 المؤرخ في 26 سبتمر 1975 .
ـ القانون رقم 65 لسنة 1970 المتعلق ببراءة الاختراع والنماذج الصناعية العراقي .
ـ قانون المرافعات المدنية العراقي ذي الرقم 83 لسنة 1969 .
ـ القانون المدني العراقي ذي الرقم 40 لسنة 1954
ـ الامر رقم 95 / 6 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالمنافسة في الجزائر .
ـ الامر رقم 80 / 71 المؤرخ في 29 / 12 / 1971 المعدل والمتمم للامر 154 / 66 المتضمن قانون الاجراءات المدنية .
ـ الامر رقم 67 / 90 المؤرخ في 17 / 6 / 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية في الجزائر .

- المرسوم الرئاسي رقم 94 / 1 الصادر في 2 / 1 / 1994 المتضمن الاتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا في مجال الاستثمار .
- المرسوم الرئاسي رقم 94 / 1 الصادر 22 / 10 / 1994 المتضمن المصادقة على الاتفاق بين الجزائر ورومانيا لحماية وتشجيع الاستثمارات .
- المرسوم التشريعي رقم 93 / 17 المؤرخ في 7 ديسمبر 1993 المتعلـق بحمايـة الاختراعات الجزائري .
- المرسوم الرئاسي رقم 91 / 345 الصادر في 5 / 10 / 1991 المتضمن الاتفـاق بين الجزائر واتحاد الاقتصاد البلجيكي – لوكسمبورغ – المتعلق بالتشجيع والحمايـة المتبادلة للاستثمارات في الجزائر .
- المرسوم الرئاسي رقم 91 346 الصادر في 5 / 10 / 1991 والمتضمن الاتفاق بين الجزائر وايطاليا في مجال الاستثمار .

المصادر باللغة الاجنبية

أولا : المؤلفات :

- Amiaud (A) : L'apport des prevets d'invention en societe' melange marcel plaisent , Paris , 1960 .
- Anand (R.P) : Tht enforcement of arbitral awards under UNCITRAL model law on international commercial arbitration , Colombia Journal of transnational law , Vol. 25 , 1987 .
- Ansons : Law of contract 4th edition clarend press Oxford , 1975 .
- Aussouarn : (Y) : Droit International du commerce et Martch commun , R.T.D. 1971 .
- Battiffol (H) : Encyclopedie Juridique Repertoir de droit international , Tom I , contrats et conventions , Dalloz , 1968 .
- Battiffol (H) et Lagard (P) : Droit international prive' , T.11.7 , ed , Paris , 1983 .
- Bekhechi (A) : Quelques elements de reflexion sur la paratique Algerienne du contrat detat in cassau – contrats internationaux et pays en de'veloppement economica , Paris , 1989 .
- Boyer (L) : L'exportation des conaissances et la vente de projets industriels , e'd , d'organisation , Paris , 1977 .
- Burst (J.J) : Garanties de resultat et communication du Know-How independammentde L'equipement , 1977 .
- Cedras (J) : L'obligation de negocier , Rev. Tr, Dr – comm – et e'conomique , 1985 .
- Combea (J.D) : Intervention – debat – sur le Know-How cahiers du droit de l'enterprise , 1972 .

- Dahan (M) : Probleme juridique des transferts de technologie A'destination des pays envoie de development , ed , pedone , Paris , 1976 .
- Deby Grerand (F) : La role de la regle de conflite dans la reglement des raports internationaux , Paris , e'd , 1971 , Dalloz , 1973 .
- Deleuze (J.N) : Le contrat de transfer de processus technologique (Know-How) . Masson , 1982 .
- Dominique Blanco : Negocier et Rediger un contrat international , Paris , 1993 .
- Fouchard (ph) : Arbitrage commercial international , Paris , 1965 .
  - L' arbitrage internationale en France , Revue du L'arbitrage , 1981 .
- Gilbert (L) : Problemes techniques et commeciaux pose's par la communication de Know-How Montpellier , 1977 .
- Glavinis (P) : Le contrat international de construction , Paris , G.L.N. Joly Edition , 1993 .
- Gold man (B) : la lex mercatoria dans les contrats et L'arbitrage internationaux , realite et perspectives . clunet , 1979 .
  - Nouvelles Reflexions sur la mercatoria, exudes la live B.EH. Paris , 1993 .
- Haberli (G) : Les investissements etrangers en Afrique , e'd . L.G.D.J. 1979.
- Henry (P) : International pre-contractuall obligation in (International contract) editors by Hans Smit and others , Mathew Bender , New York 1981 .
- Hubert (A) : Le contrat dingenerie , conscil , ed , Masson , Paris , 1979.
- Issad (M) : Le decret legislalif-Algerien du 25 Avril , 1993 , relatif al'arbitrage international – Revue de L'arbitrage ed librairies techniques , Paris , 1993 .
- Jacquet (J) : Le contrat international , Paris , Dalloz , 1992 .
- Kahn (ph) : Lex Mercatoria et pratique des contrats internationaux L'experience , Francaise , Le contrat economiqiue , International , Paris , 1975 .
- Kassis (A) : Le Nouveau droit Europeen des contrats international , librairie generale de droit et de Juarisprudence L.G.D.J. Paris , 1993 .
- Kesse Djiun (c) : Les dengers lies aux Maurais choix du droit applicable (analyse de la Juriprudence Francais et de sentences arbitrales) . Rev. Int. 1995 .
- Lagarde (P) : Exomen de L'avent . Projet de convention conomique europenne sur la loi applicable oux obligational contractuelles et not contractuelles in travaux du comte francais de droit International prive , Paris , 1973 .
- Lamy : Droit de L'information , L'execution des contrats d'information , Lamy s.a. 1994 .

- Magnin (F) : Know-How et propriete industrielle , librairies techniques , 1974 .
- Mayer (P) : Droit international prive , I ed Montchrestien , Paris , 1977.
- Mazead (J) : Traite` theorique et pratique de la responsabilite` civil , de`lictuelle , ed , montehrestien , Paris , 1965 .
- Mousseron (J.M) : La duree' dans la formation des contrats in etudes offertes a'JAUFFRET , melanges JAUFFRET , 1974 .
- Musy (A.M) : Clisclosure of the information in the precontractual bargaining a comparative analysis in adm Review , contract / Musy, United States , 1995.
- Nasser (F) : Gestion previsionnelle de L'ingenierie , ed , technique , Paris , 1971 .
  - L'ingenierie et son organization , eyrdles editeur , paris , 1974 .
- Rieg (A) : La punctation , contribution , a L'etude , de la formation successive du contrat e'tudes offertes a jauffret , 1975 .
- Robert (J) : Arbitrage commercial , Gazette du Paris , 1972 .
- Roume (J) : Exporter des usines produit en main , L'usine nouvelle , 30 Janvier , 1979 .
- Salem (M) , Sanson (M.A) : Les contrats cleen Main et les contrats produit en main , e'd , L.I.T.E.C. Paris , 1979 .
- Schmidt (J) : La sanction de la faute precontractuelle , revue times trielle de droit civil , 1974 .
  - Note sous Rennes du g juillet 1975 , Dalloz , 1976 .
- Sernal (J.C) : Le refuse de contracter , ed , L.G.D.J. Paris , 1967 .
- Summers : Good faith in general contract law and the sales provisions of the uniform commercial good law Rev. 1968 .
- Stark : Droit civil , obligation , contrat et quasi contrat , Paris , 1986 .
- Viney (G) : Droit civil , les obligation la responsabilite conditions , Paris , 1982 .

ثانيا : التقارير واحكام المحاكم :

- UNCTAD : Compilation of . . . Brazil , normative Act no 15 establishing basic principles and norms for the registration of contracts involving the transfer of technology . TD . AC . 18 . 15 . 2 UNE 1988 .
- UNCTAD : An international code of conduct on transfer of technology , TD . code . Tot . 26 n TD . B . C . 6 . AC . 1.2 supp , 1 Rev. sales , n 75 , 1 UNE 1981 .
- UNCTAD : Control of restrictive practices in transfer of technology transactions , TD . AC . 1 . 17 . 16 . 1 UNE 1978 .
- Cass Civ, 17-11-1993 . IR, 256 ets , J . C . P . 1999 .
- Cass Civ, 29-10-1990 . Clunet 1991.

المحتويـــــــات

المحتويـــــات